

:: Ano I – Edição Especial nº 6 ::

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRT 4ª REGIÃO:

**JULGAMENTOS DE INCIDENTES DE ARGÜIÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E DECISÃO DE RECURSO
ADMINISTRATIVO SOBRE O CONCEITO DE ATIVIDADE JURÍDICA**

- 10 de outubro de 2005 -



Os acórdãos contidos na presente edição foram obtidos na base de dados do próprio Tribunal (NovaJus4).

Fabiano de Castilhos Bertoluci
Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Mario Chaves
Beatriz Zoratto Sanvicente
Rosane Serafini Casa Nova

Comissão da Revista

Luís Fernando Matte Pasin
Adriana Pooli
Tamira K Pacheco
Wilson da Silveira Jacques Junior
Equipe Responsável

Sugestões e informações: (51) 3255.2140
Contatos: revistaeletronica@trt4.gov.br

Utilize os links de navegação: [◀ volta ao índice](#)
[textos](#)

Sumário

Acórdãos Selecionados



Para pesquisar por assunto no Word, clique no menu **Editar/Localizar ou utilize as teclas de atalho **Ctrl+L** e digite a **palavra-chave** ou expressão na caixa de diálogo que será aberta.**

Índice

Acórdãos Selecionados

1. Medida Provisória. Argüição incidental de inconstitucionalidade. Impenhorabilidade de bens. Hospital de Clínicas de Porto Alegre.
(Processo 06716.006/89-3 AP,
Relator o Exmo. Juiz Flavio Portinho Sirangelo. Publ. DOE-RS:28.06.2004) 03
2. Medida Provisória nº 2180-35/2001. Inserção do parágrafo 5º no artigo 884 da CLT. Inconstitucionalidade.
(Processo 00004.018/92-3 AP,
Relatora a Exma. Juíza Ana Luiza Heineck Kruse. Publ. DOE-RS:1º.07.2005) 08
 - 2.1. Embargos de declaração.
(Processo 00004.018/92-3 AP (Embargos Declaratórios). Relatora a Exma. Juíza Ana Luiza Heineck Kruse. Publ. DOE-RS:19.08.2005) 14
3. Medida Provisória nº 2180-35/2001. Juros moratórios aplicáveis à Fazenda Pública. Inconstitucionalidade.
(Processo 00483.018/92-9 AP,
Relatora a Exma. Juíza Ana Luiza Heineck Kruse. Publ. DOE-RS:21.05.2004) 14
4. Prazo processual. Medida provisória. Inconstitucionalidade incidental.
(Processo 02808.018/90-8 AP,
Relator o Exmo. Juiz Ricardo Luiz Tavares Gehling. Publ. DOE-RS:10.06.2003)..... 19
 - 4.1. Embargos de declaração.
(Processo 02808.018/90-8 AP (Embargos Declaratórios),
Relator o Exmo. Juiz Ricardo Luiz Tavares Gehling. Publ. DOE-RS:19.09.2003) 23
5. Recurso administrativo. Concurso público para provimento de cargos de Juiz do Trabalho Substituto da 4ª Região. Candidato que é bacharel proveniente do serviço público.
(Processo 01226-2005-000-04-00-9 ADM.
Relator designado o Exmo. Juiz Flavio Portinho Sirangelo. Publ. DOE-RS: 28.09.2005) 24

Acórdãos Selecionados

1. Medida Provisória. Argüição incidental de inconstitucionalidade. Impenhorabilidade de bens. Hospital de Clínicas de Porto Alegre.

(Processo 06716.006/89-3 AP. Relator o Exmo. Juiz Flavio Portinho Sirangelo. Publ. DOE-RS:28.06.2004)

EMENTA: MEDIDA PROVISÓRIA. ARGÜIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPENHORABILIDADE DE BENS. HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE. Não é inconstitucional, por vulneração do disposto no art. 173, par. 1º, da Constituição, o art. 9º da Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.08.2001, que declara impenhoráveis os bens do Hospital de Clínicas de Porto Alegre - HCPA. Análise da matéria à luz da distinção, firmada na doutrina, entre os serviços públicos que exercem atividade econômica em sentido estrito daqueles que atendem ao interesse social e que, embora podendo desempenhar atividade econômica em sentido amplo, dada a sua constituição sob a forma de empresa pública, não deixam, ainda assim, de possuir a essência de atividade prestada em regime público. Consideração de que o HCPA não desenvolve atividade econômica típica, antes funcionando em claro e ostensivo exercício de serviço público. A interpretação sistemática do conjunto de normas da Constituição permite concluir que está conformada a esse sistema a norma jurídica editada com o fim de declarar impenhoráveis os bens de entidade paraestatal que presta serviço público existencial, voltado ao interesse social. Observância dos precedentes do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de norma legal que torna impenhoráveis os bens de ente paraestatal prestador de serviço público típico. Necessidade de adequação da jurisprudência deste Tribunal Regional à orientação já pacificada pela Suprema Corte na apreciação da matéria. Declaração de inconstitucionalidade que se rejeita.

VISTOS e relatados estes autos de AGRAVO DE PETIÇÃO, interposto de decisão do Exmo. Juiz da 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, sendo agravante HOSPITAL DE CLINICAS DE PORTO ALEGRE e agravada VILMA MARIA FIGUERO DA FONTOURA.

[◀ volta ao índice](#)

Adoto o relatório de fls. 571, exarado nos seguintes termos:

"Em sessão realizada em 29.05.2003, a 8ª Turma desta Corte, declara incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 9º da Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.08.2001, bem como das Medidas Provisórias que lhe antecederam, incluindo disposições que tornam impenhoráveis os bens do executado, sendo determinada a remessa dos autos ao Órgão Especial deste E. TRT para apreciação da questão, face ao disposto nos artigos 480 a 482 do CPC, 25, XII e 143 do Regimento Interno deste Regional, ficando sobrestada a análise dos demais itens do agravo de petição do executado, conforme depreende-se do decisum da fl. 576.

Após a interposição de embargos de declaração, não conhecidos nos termos do acórdão das fls. 555-556, os autos são conclusos à Juíza-Presidente deste Tribunal (fl. 558), que determina o encaminhamento ao Órgão Especial, para os fins a que alude o artigo 25, inciso XII, do Regimento Interno, conforme despacho exarado à fl. 559.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer exarado às fls. 561-565, opina pela rejeição da argüição de inconstitucionalidade do art. 9º da Medida Provisória nº 2.216-37.

A Advocacia-Geral da União, em que pese entenda não estar caracterizada a hipótese prevista no dispositivo constitucional que disciplina a Ação de Inconstitucionalidade, manifesta-se pelo acolhimento dos termos do parecer do Ministério Público do Trabalho, com a rejeição da argüição de inconstitucionalidade, fls. 568-569."

É o relatório, aprovado em sessão.

ISTO POSTO:

1. Trata-se de incidente de declaração de inconstitucionalidade, o qual foi suscitado pela Eg. 8ª Turma deste Tribunal Regional quando do julgamento de recurso de Agravo de Petição interposto pelo Hospital de Clínicas de Porto Alegre - HCPA, de decisão proferida pelo juiz da execução, o qual deixou de receber os embargos opostos à execução pelo HCPA, sob o fundamento de inexistir garantia do juízo.

Ao apreciar o apelo do executado, a Turma afastou a alegação de impenhorabilidade dos bens do hospital, julgando inconstitucional o art. 9º da Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.08.2001, no qual se amparava o executado para eximir-se da penhora.

O dispositivo legal inquinado de inconstitucional acrescenta um parágrafo único ao art. 15 da lei que instituiu o HCPA como empresa pública (Lei nº 5.604/70) e dispõe: "O art. 15 da Lei no 5.604, de 2 de setembro de 1970, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: Parágrafo único. Aplica-se ao HCPA o regime de impenhorabilidade de seus bens, serviços e rendas."

A Egrégia Turma decidiu, em síntese, que o precitado dispositivo é ineficaz frente à norma do art. 173, parágrafo 1º, da Constituição. A decisão encontra-se assentada nos seguintes termos:

"O agravante não se conforma com a decisão que deixa de conhecer os embargos à execução que opôs. Sustenta, em síntese, que é prestadora de serviço essencial, sem exploração de atividade econômica, que goza de isenção de tributos estabelecida no art. 15 de sua lei de criação, além de ter seus bens impenhoráveis por força da Media Provisória nº 2.049-25. Pretende ver determinado o julgamento dos embargos à execução, com o prosseguimento do feito por meio de precatório, na forma prevista pelo art. 730 do CPC.

A Medida Provisória nº 1999-13, de 14 de dezembro de 1999, sucessivamente reeditada (atual Medida Provisória nº 2216-37, de 31 de agosto de 2001), que introduziu o parágrafo único ao art. 15 da Lei nº 5.604/70, dispõe, in verbis: "Aplica-se ao HCPA o regime de impenhorabilidade de seus bens, serviços e rendas".

O art. 5º da Lei nº 5.604/70 (lei de criação do executado), dispõe, in verbis: "Os recursos de que a Empresa disporá para realizar suas finalidades, são os advindos: a) de rendas auferidas por serviços prestados", do que decorre, diversamente do que sustenta o agravante, que o HCPA explora atividade econômica. Aliás, na prática, há ostensiva atividade econômica, destinando boa parte da estrutura totalmente pública que detém ao atendimento de pacientes em internações particulares, prática esta que não condiz com a alegação destacada nas razões de agravo de petição, em caracteres aumentados, no sentido de que tem por objeto "PRIORIZAR a saúde do povo, atender e valor o interesse da população (público) em relação ao particular ou coletivo" (fl. 522).

[◀ volta ao índice](#)

Prevalece, no caso, a regra insculpida no § 1º do art. 173 da Constituição Federal, segundo o qual "A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias".

Assim, resta ineficaz o art. 9º da Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, bem como as Medidas Provisórias que lhe antecederam, incluindo disposição que torna impenhoráveis os bens do executado, tendo em vista que vulnera o § 1º do art. 173 da Magna Carta, o que acarreta na declaração incidental de inconstitucionalidade da referida Medida Provisória.

Nesse contexto, declara-se incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 9º da em face da Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, bem como das Medidas Provisórias que lhe antecederam, incluindo disposições que tornam impenhoráveis os bens do executado."

2. Como se vê, a decisão é fundada na constatação de que o HCPA explora atividade econômica, o que estaria estampado no texto do art. 5º, alínea "a", da lei criadora do hospital, ao dispor sobre a possibilidade de auferir rendas por serviços prestados. Daí a conclusão de que é inconstitucional o dispositivo da medida provisória, ao declarar impenhoráveis os bens do HCPA, por afronta à regra inserta na Constituição, segundo a qual: "A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias" (CF, art. 173, parágrafo 1º).

A matéria não é nova. Situações semelhantes, envolvendo discussão sobre a real natureza de determinados serviços estatais - se pública ou privada - e as conseqüências que daí se irradiam nas relações jurídicas que tais entes estabelecem, têm sido debatidas em nossos tribunais desde o advento da Carta de 1988. Decorrem tais controvérsias da existência, em nosso sistema, de inúmeras entidades que integram a administração pública indireta e que, no entanto, exercem atividades que também são suscetíveis - ou que poderiam ser suscetíveis - de exploração através da iniciativa privada. Trata-se, o problema, de desvendar no que se constituiria a noção de serviço público típico, de modo a que seja possível saber, por exemplo, se há, no contexto das empresas e entidades abarcadas pela norma do art. 173, par. 1º, da Constituição, situações em que o princípio geral ali contido não seja aplicável. Isto

porque se entende, como lembra o parecer exarado nestes autos pelo Ministério Público, com apoio na lição do Prof. Eros Roberto Grau, que a regra restritiva do art. 173, parágrafo 1º, da Constituição, "a toda evidência, não alcança empresa pública, sociedade de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público".¹

Por isso mesmo não só os tribunais, mas também a doutrina tem se debruçado sobre a matéria, como faz, por exemplo, o mesmo Prof. Grau, em artigo no qual procura encontrar a correta definição do que consistiria, efetivamente, a noção de serviço público.² O citado autor defende a idéia de que "a Constituição encerra todos os elementos e critérios que permitem a identificação de quais atividades empreendidas pelo Estado consubstanciam serviço público"³, já que ela própria, a Carta Política, induz, em diferentes dispositivos (v.g., arts. 173, 174 e 175), à necessidade de fazer-se a distinção entre atividade econômica e serviço público. Isto significa que é do conjunto normativo da Constituição que devemos extrair a resposta para a dúvida acerca da possibilidade de sujeitar-se uma determinada entidade ou empresa pública ao regime de privilégios e de proteção de bens que normalmente se atribui à Fazenda Pública. Mas serviço público, como ensina o citado autor, é uma espécie do gênero da atividade econômica: "Inexiste, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. Podemos afirmar que a prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí por que serviço público é um tipo de atividade econômica"⁴.

Nesse sentido, há serviços públicos que, por razões também contidas na Constituição - tais como os princípios enumerados nos nove incisos do art. 170 e também os imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo do art. 173, caput -, desempenham atividades econômicas, podendo, como ocorre com o HCPA, auferir rendas decorrentes de tais serviços. Todavia, há, por um lado, serviços públicos que se identificam a com noção de atividade econômica propriamente dita - exercem atividade econômica típica, no dizer no comentado autor - e, de outro lado, serviços públicos que atendem ao interesse social, e que desempenham atividade econômica, mas não deixam de possuir a essência de atividade prestada em regime público. Volto a recorrer ao artigo do Prof. Grau, verbis:

"Ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função de imperativo de segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, o Estado desenvolve atividade econômica em sentido estrito (art. 173 da Constituição de 1988); de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao interesse social o Estado desenvolve serviço público (art. 175 da Constituição de 1988)."⁵

[◀ volta ao índice](#)

É exatamente a partir dessa distinção que o artigo afirma: "Seja como for, temos que serviços de educação e saúde, quando prestados pelo Estado, configuram serviço público - serviço público não-privativo, como vimos" (p. 253).

Ora, parece não haver dúvida de que as atividades do HCPA se enquadram nesta última hipótese. Vale dizer: o hospital não desenvolve atividade econômica em sentido estrito, mas funciona em claro e ostensivo exercício de serviço público. É de conhecimento público, aliás, no âmbito do nosso Estado, que o Hospital de Clínicas de Porto Alegre presta atendimento à população que se utiliza dos serviços públicos de saúde, recebendo pacientes do SUS e atendendo segurados do INSS. Essas atividades estão retratadas nos dados que acompanharam o memorial distribuído a todos os juízes pela representação judicial do HCPA, os quais revelam que, no ano de 2003, o hospital prestou 484.589 consultas e acolheu 23.836 internações através do SUS. Afora isso, é também consabido que o hospital abriga as atividades de ensino e pesquisa da Escola de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Antes que a doutrina do Direito Administrativo, acompanhando o fenômeno do crescimento da intervenção estatal no domínio econômico, se desenvolvesse ao nível de complexidade e sofisticação em se que encontra hoje, o Prof. Ruy Cirne Lima já advertia que, a par das pessoas e dos bens, "conhece o Direito Administrativo mais uma categoria jurídica, indecisa em seus caracteres, - sorte de limbo em que se acumulam as pré-formas e as formas não-diferenciadas, ainda insuscetíveis de enquadrar-se em uma daquelas duas classificações fundamentais", arrematando: "Essa categoria jurídica é o serviço público".⁶ E mais adiante, criando a noção de serviço existencial, desenvolvida no artigo do Prof. Eros Grau, esclarece o saudoso jurista: "Serviço público é todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa".⁷ Em seqüência, demonstra o autor que, por serviço público, deve entender-se não só a prestação ao público como também a organização de bens e pessoas constituída para executá-la.⁸ Por

fim, examinando a existência dos entes que desempenham serviço público a partir da sua finalidade, salienta ainda o autor a existência de um rol de garantias instituídas para seu exercício, dentre as quais destaco, pela pertinência ao caso em discussão: a) o não-predomínio do intuito de lucro (proteção do serviço contra os seus agentes); b) a segurança quanto à execução regular e continuada dos serviços em face de penhora ou da falência de empresa concessionária (proteção do serviço contra os interesses particulares, de natureza privada); e c) proteção contra os interesses fiscais das demais pessoas administrativas.⁹

Assim, a questão de saber se é ou não inconstitucional a lei que declara impenhoráveis os bens do HCPA - por possível vulneração do art. 173, par. 1º, da Constituição - não se resolve pelo simples fato de ter-se constituído esse serviço sob a forma de empresa pública ou porque se trata de entidade que exerce atividade econômica. "Não se interpreta a Constituição em tiras", diz o sugestivo título de um dos textos do Prof. Eros Grau, em seu A Ordem Econômica na Constituição de 1988.¹⁰ De fato, da análise sistemática do conjunto de normas da Constituição, pode-se afirmar que está conformada a esse sistema a norma jurídica editada com o fim de declarar impenhoráveis os bens de entidade paraestatal que presta serviço público existencial, voltado ao interesse social. No caso dos autos, parece inegável que possuem tais características as atividades do HCPA, tais como: (1) o atendimento médico, clínico e cirúrgico, da população de baixa renda, através do SUS; (2) o funcionamento como hospital-escola, abrigando o ensino público ministrado pela Faculdade de Medicina da UFRGS; (3) o desenvolvimento da pesquisa científica no campo da medicina; todas elas, sublinho, sendo atividades notoriamente abrigadas no HCPA.

Registro, a propósito, as observações do acurado parecer do Ministério Público do Trabalho, da lavra do Procurador Regional Dr. Luiz Fernando Mathias Vilar:

[◀ volta ao índice](#)

"É constitucional o art. 9º da Medida Provisória nº 2.21637, de 31/08/2001, que acresceu parágrafo único ao art. 15 da Lei nº 5.604, de 02/09/1970. E por quê? Porque o Hospital de Clínicas de Porto Alegre, empresa pública espécie do gênero paraestatal, não pode ser equiparado a uma empresa privada em razão de que não explora, preponderantemente, uma atividade econômica no intuito de obter lucro, empresariamente. Na verdade, o HCPA presta relevante serviço público à população em geral, mormente à camada da população mais pobre, e aos meios acadêmicos, incluindo a área de pesquisas científicas. É uma empresa pública sui generis com natureza quase autárquica. Como visto acima, seu capital social foi constituído de bens públicos (art. 3º). Os recursos que a empresa detém para atingir seus objetivos são advindos, quase que integralmente, do poder público, como se vê do art. 5º da Lei 5.609/70 isto é: a) de rendas auferidas por serviços prestados; b) de dotações consignadas no orçamento geral da União; c) de créditos abertos em seu favor; d) do produto de operações de crédito, juros bancários e renda de bens patrimoniais; e) de outros recursos. Na verdade seus bens e recursos são afetados. Lembre-se, também, que o art. 13 da lei criadora sujeita o HCPA à auditoria do Tribunal de Contas da União."

Nessas condições, concluo que é possível ao legislador atribuir a proteção de impenhorabilidade de bens ao HCPA sem que, com isso, vulnere o princípio insculpido no art. 173, par. 1º, da Constituição.

3. Julgo necessário, por outro lado, que se examine a matéria ora em debate sob o ponto de vista da utilidade da decisão que é proposta pela Eg. Turma. É que a compreensão acerca da constitucionalidade de norma legal que torna impenhoráveis os bens de ente paraestatal prestador de serviço público já foi assentada, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em inúmeros julgados envolvendo outra entidade federal que, tal qual o HCPA, é organizada sob a forma de empresa pública, no caso, a Empresa de Correios e Telégrafos - ECT. Com efeito, a Suprema Corte afastou do âmbito de incidência da norma contida no art. 173, parágrafo 1º, da Constituição, as dívidas judiciais da ECT, para efeito de julgá-las submetidas ao regime do precatório do art. 100 da CF. O "caso líder" em relação à matéria, em que foi relator o Ministro Maurício Correa, contempla a seguinte ementa:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de

economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido."¹¹

É também oportuno transcrever a taxativa afirmação do Exmo. Min. Carlos Mário Velloso, neste caso em julgamento na Turma, onde a matéria também foi apreciada e adota a linha de orientação já então assentada em outros precedentes. Diz a decisão:

"É preciso distinguir as empresas públicas que exploram a atividade econômica, que se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (CF, art. 173, § 1º), daquelas empresas públicas prestadoras de serviços públicos, cuja natureza jurídica é de autarquia, às quais não tem aplicação o disposto no § 1º do art. 173 da Constituição, sujeitando-se tais empresas prestadoras de serviço público, inclusive, à responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º)".¹²

Em nosso tribunal, a conveniência de adequação da jurisprudência regional às decisões da Suprema Corte foi tratada, em caso idêntico ao presente, envolvendo o mesmo HCPA, em acórdão da Egrégia 5ª Turma, datado de 10.04.2003, cujos termos merecem transcrição, dada a ponderação de que revestem as palavras do relator, o Exmo. Juiz João Ghisleni:

"À semelhança do ECT, o Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA) é espécie de empresa pública que não explora atividade econômica, mas se dedica a prestação de serviço público, de forma que também a ele não se aplicam as restrições contidas no artigo 173, § 1º, ou seja, não está sujeito ao regime jurídico próprio das empresas privadas." Neste sentido, a decisão do TRF desta 4ª Região (Nº 2001.04.01.013442-0/RS), juntada às fls. 738 e seguintes, que apreciando a matéria relativa à possibilidade de penhora de bens do Hospital de Clínicas de Porto Alegre adotou como razões de decidir, excerto do voto do Ministro Maurício Corrêa, extraído da decisão do Supremo Tribunal Federal acima referida e que, com a devida vênia, abaixo se transcreve: "... a exploração dos serviços públicos por empresa estatal não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles, sendo certo que a empresa estatal prestadora daqueles e outros serviços públicos pode assumir formas diversas, não necessariamente sob o regime jurídico próprio das empresas privadas, já que somente por lei e não pela via contratual os serviços são outorgados às estatais (CF, artigo 37, XIX). Assim, não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos a restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, artigo 173, § 2º)".¹³

[◀ volta ao índice](#)

De fato, o Supremo Tribunal Federal já decidiu a questão, aplicando a orientação transcrita no acórdão da nossa 5ª Turma em todos os julgados que envolvem a mesma matéria, sendo alguns, senão a maioria, oriundos de execuções de sentenças trabalhistas, tal como ocorre no caso presente. Não é por outra razão que o Eg. Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação do verbete do seu Precedente n. 87, excluindo a parte na qual afirmava a sujeição da ECT ao processo de execução normal e recusava-lhe os privilégios próprios da fazenda pública.

Merece registro, por fim, a curiosa circunstância de que a ECT - a despeito da reserva de competência da União para manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (CF, art. 21, X) - está ela, de certo modo, envolvida num contexto de competição comercial e de busca de lucratividade que não se vislumbra no caso do HCPA. Tal constatação é naturalmente dedutível do fato notório da presença da ECT em quase todas as modalidades da mídia através de peças publicitárias, nas quais busca divulgar e incentivar a comercialização dos seus produtos. Alguns dos serviços que a ECT presta também são prestados, a preços possivelmente similares, por parte de empresas privadas, inclusive por corporações transnacionais; e, como também é sabido, muitas das agências que ostentam a "bandeira" da ECT são, na verdade, empreendimentos privados que prestam os serviços de correios por meio de franquias que contrataram junto à ECT. Ora, se mesmo em face dessa realidade - onde se poderia cogitar da presença de uma atividade econômica em sentido estrito - se mesmo assim já decidiu a Suprema Corte que não é inconstitucional a norma legal que torna impenhoráveis os bens da ECT, é mais do que razoável supor que outro não seria o desfecho se já tivesse chegado àquela instância extraordinária o caso do HCPA, ora em discussão, pois aqui se trata de situação que envolve um típico hospital público

e que presta atendimento à população, prestando serviço público de índole eminentemente social e não uma atividade econômica em sentido estrito. Nesse sentido, pedindo vênica para dissentir do entendimento firmado na Turma que suscitou o incidente, parece-me que a ratificação de tal entendimento, estratificando em âmbito regional a decisão, serviria apenas para gerar falsas expectativas e prolongar mais ainda a duração dos litígios que envolvem a matéria, quando já se pode desde logo antever o resultado.

3. Por todos esses fundamentos, rejeita-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 9º, da Medida Provisória n. 2.216-37, de 31.08.2001, e por igual das medidas provisórias que lhe antecederam.

Ante o exposto,

ACORDAM os Juízes do Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: não alcançada a maioria absoluta prevista no parágrafo 1º do artigo 23 do Regimento Interno, vencidos os Exmos. Juízes Relatora, Denis Marcelo de Lima Molarinho, Maria Guilhermina Miranda, Beatriz Zoratto Sanvicente, Rosane Serafini Casa Nova, Maria Helena Mallmann e Ana Luíza Heineck Kruse, decidiu rejeitar a argüição de inconstitucionalidade das disposições contidas na Medida Provisória nº 1999-13, de 14 de dezembro de 1999, sucessivamente reeditada (atual Medida Provisória nº 2216-37, de 31 de agosto de 2001), na parte que introduziu o parágrafo único ao art. 15 da Lei nº 5.604/70, tornando impenhoráveis os bens do Hospital de Clínicas de Porto Alegre.

Intimem-se.

Porto Alegre, 28 de maio de 2004.

[◀ volta ao índice](#)

FLAVIO PORTINHO SIRANGELO - Juiz Relator

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

1 Cfme. citação do parecer, GRAU, EROS ROBERTO A Ordem Econômica na Constituição de 1988 - Interpretação e Crítica, RT, São Paulo, 2ª. ed. p. 140.

2 GRAU, Eros Roberto, Constituição e Serviço Público. In: GRAU, Eros Roberto et alli, Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides, Malheiros Editores, 2001, págs. 249/267.

3 Id. p. 249.

4 Id. p. 250.

5 Op. cit., p. 266/267.

6 CIRNE LIMA, RUY, Princípios de Direito Administrativo, Ed. RT, 6ª. edição, p. 81.

7 Op. cit., p. 82.

8 Op. cit., p. 83.

9 Id.

10 GRAU, EROS ROBERTO, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Malheiros Editores, 3ª. edição, 1997, p. 176.

11 RE n. 220.906-9 - DF - Tribunal Pleno - Julg. em 16 de novembro de 2000 (D.J. de 14.11.2002).

12 RE n. 234.390 - MG - Segunda Turma - Julg. em 12 de junho de 2001, in R.T.J. 182/324.

13 Acórdão 42691.017/97-4-AP (5ª. Turma).

[◀ volta ao índice](#)

2. Medida Provisória nº 2180-35/2001. Inserção do parágrafo 5º no artigo 884 da CLT. Inconstitucionalidade.

(Processo 00004.018/92-3 AP. Relatora a Exma. Juíza Ana Luiza Heineck Kruse. Publ. DOE-RS:1º.07.2005)

EMENTA: MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2180-35/2001. INSERÇÃO DO PARÁGRAFO 5º NO ARTIGO 884 DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE. As normas processuais devem caracterizar-se pela permanência, conceito incompatível com a relevância e a urgência inerentes à figura da Medida Provisória. Ao dizer inexigíveis os títulos judiciais oriundos de decisões fundamentados em normas que forem posteriormente objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a Medida Provisória abarca até mesmo aquelas já acobertadas pelo manto da imutabilidade, violando o princípio da coisa julgada, alçado a nível constitucional para salvaguardar a certeza das relações jurídicas (art. 5º, XXXVI). A imposição de óbice ao processamento da execução na forma da decisão proferida na fase

cognitiva implica negar ao título judicial a eficácia imutável e indiscutível que lhe é conferida pela coisa julgada, em afronta ao equilíbrio e estabilidade que devem ser assegurados às partes. Inconstitucionalidade que se declara, ressalvados os votos dos Exmos. Juízes Flavio Portinho Sirangelo e João Ghisleni Filho pela constitucionalidade da norma do § 5º no art. 844 da CLT.

VISTOS e relatados estes autos de AGRAVO DE PETIÇÃO, interposto de decisão do Exmo. Juiz da 18ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, sendo agravante UNIÃO FEDERAL e agravado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E ALDA BERTHIER DE MORAES PINTO E OUTROS.

A Oitava Turma deste Tribunal, em sessão realizada em sessão realizada em 23 de janeiro de 2003, por unanimidade de votos, declarou a incidentalmente inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24-08-01, no que tange às disposições do parágrafo 5º acrescentadas ao artigo 884 da CLT, determinando a remessa dos autos ao Órgão Especial para apreciação da questão.

O Ministério Público do Trabalho oferece parecer nas fls. 447/448, opinando pela rejeição da argüição de inconstitucionalidade.

Vêm aos autos conclusos a esta Relatora.

É o relatório.

ISTO POSTO:

Discute-se nos autos acerca da constitucionalidade da Medida Provisória nº 2180-35, de 24-01-2001, no que acresce ao artigo 884 da CLT o parágrafo 5º, com o seguinte teor:

§ 5º Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

O artigo 62 da Constituição Federal permite que o Presidente da República legisle por meio de medidas provisórias. Este instrumento legislativo, contudo, é de caráter excepcionalíssimo e precário, reservando-se, por expressa disposição da norma constitucional que o prevê, a situações de urgência e relevância. Sua adequada utilização é passível de exame pelo Judiciário.

[◀ volta ao índice](#)

No sentido do cabimento do exame da constitucionalidade da Medida Provisória, cita-se o acórdão nº 48577.018/91-1, publicado em 20-01-2003, em que foi Relator o Exmo. Juiz José Felipe Ledur:

Examinando-se a alteração introduzida pela medida supracitada, cabe destacar que o art. 62 da Constituição Federal, inclusive após a redação que lhe foi dada pela Emenda nº 32, de 11/09/01, faculta ao Presidente da República editar Medida Provisória somente “em caso de relevância e urgência”. Atente-se, pois, que a presença de tais pressupostos constitui requisito para o uso da Medida Provisória, o que faz com que a argüição dos mesmos seja passível de questionamento em sede judicial, embora de forma restrita em razão do grau de discricionariedade que pauta sua avaliação. Ao Judiciário compete, pois, o exame da procedência da argüição de relevância e urgência para verificar sua conformidade com a Constituição. Nesse sentido, a posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIMC nº 162-DF (DJU de 19/09/97):

“Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar”.

Na linha desse entendimento, Clèmerson Merlin Clève (A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, pp. 200-4) ressalta que cabe, sim, o exame dos pressupostos de habilitação (urgência e relevância) pelo Poder Judiciário. Em reforço, o autor refere a experiência da Itália e da Espanha nesse terreno, países em que o controle também é exercido pelo Judiciário. Diante da posição jurisprudencial e da doutrina focada, resta evidenciado o cabimento do controle dos pressupostos da urgência e relevância pelo Judiciário.

Não há autorização constitucional para a adoção de Medida Provisória para reger toda e qualquer matéria, sem que estejam bem identificados os requisitos de relevância e urgência. Isso não ocorre no caso em exame, em que o Presidente da República, por ato monocrático e unipessoal, se vale do instrumento legal para alterar norma processual de execução trabalhista.

As normas processuais devem caracterizar-se pela permanência, conceito incompatível com a relevância e a urgência inerentes à figura da Medida Provisória. Assim, a Medida Provisória nº 2180-

35/2001, considerada a alteração que propõe ao artigo 884 da CLT, colide com a própria essência do processo, em afronta ao equilíbrio e estabilidade que devem ser assegurados às partes.

É relevante observar que, como diz o acórdão em que este Órgão Especial declara incidentalmente a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2180-35/2001 na parte em que altera para trinta dias o prazo para a interposição de embargos à execução pela Fazenda Pública, (...) o fato de a Emenda Constitucional nº 32 somente agora vedar expressamente a expedição de medidas provisórias sobre direito processual não autoriza presumir que, antes, houvesse tal permissivo, na medida em que apenas se tornou expressa uma incompatibilidade substancial que sempre existiu” (Acórdão nº 02808.018/90, Relator Juiz Ricardo Tavares Gehling).

Quanto ao conteúdo da Medida, também esta não se justifica.

Veja-se que, ao dizer inexigíveis os títulos judiciais oriundos de decisões fundamentados em normas que forem posteriormente objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a Medida Provisória abarca até mesmo aquelas já acobertadas pelo manto da imutabilidade. Viola, pois, o princípio da coisa julgada, alçado a nível constitucional para salvaguardar a certeza das relações jurídicas.

Nesse aspecto, transcreve-se o seguinte aresto:

Ademais, surgindo dos fatos sociais, eminentemente dinâmicos, as leis não são eternas, podendo ser substituídas, alteradas ou revogadas por outras leis, da mesma ou de superior hierarquia. Contudo, sob pena de se romper o equilíbrio social a lei nova não pode afetar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Esse conceito é tão importante e está tão arraigado que foi, há tempos, erigido em princípio constitucional, no seu artigo 5º, inciso XXXVI (Acórdão nº 779/2003, TRT 14ª Região, Relator Juiz Shikou Sadahiro).

A garantia constitucional da coisa julgada é dirigida à lei, que não poderá prejudicá-la, e a sentença que julgar a lide tem força de lei nos limites das questões decididas. A Medida Provisória nº 2180-35/2001, quando insere o parágrafo quinto no artigo 884 da CLT, impõe óbice ao processamento da execução na forma da decisão proferida na fase cognitiva, negando ao título judicial a eficácia imutável e indiscutível que lhe é conferida pela coisa julgada.

[◀ volta ao índice](#)

A Medida Provisória, na parte em que ora se questiona, vem, pois, não só em afronta à segurança jurídica das partes, como em ofensa ao princípio da separação e autonomia dos poderes insculpido no artigo 2º da Constituição Federal, no qual se ampara a garantia de que o Poder Judiciário, ao dirimir a lide, tenha sua decisão respeitada pelos demais Poderes, corolário próprio do Estado Democrático de Direito.

Entende-se, pois, pela inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2180-35/2001 e edições subseqüentes na parte em que acrescenta o parágrafo 5º ao artigo 884 da CLT, tanto porque não preenche os requisitos de relevância e urgência como por ferir o princípio constitucional da coisa julgada.

Ante o exposto,

ACORDAM os Juízes do Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por maioria de votos, vencidos os Exmos. Juízes Presidente, Flavio Portinho Sirangelo, Pedro Luiz Serafini e João Ghisleni Filho, declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.180-35/2001 e edições subseqüentes, na parte em que acrescenta o parágrafo 5º ao artigo 884 da CLT.

Intimem-se.

Porto Alegre, 29 de março de 2005.

ANA LUIZA HEINECK KRUSE - Juíza Relatora

Voto Vencido do Juiz Flavio Portinho Sirangelo.

Manifesto divergência com a decisão adotada pelo douta maioria do Órgão Especial, pelos seguintes fundamentos:

I. Em primeiro lugar, tenho que é imperativo registrar divergência quanto à conclusão acerca da inconstitucionalidade formal da Medida Provisória nº 2.180-35/2001. É preciso distinguir as situações jurídicas antes e depois da Emenda Constitucional nº 32/01. A EC nº 32/01 criou, em boa hora, uma disciplina objetiva e precisa para nortear o exercício do poder que é concedido em nossa Constituição, art. 62, ao Presidente da República, para adotar medidas provisórias, com força de lei, e submetê-las ao crivo do Congresso Nacional. Mas é inegável que ela própria, a EC nº 32/01, cuidou de ressalvar dos

seus efeitos limitadores as medidas provisórias que haviam sido editadas em data anterior à da sua promulgação, fazendo isso de forma expressa no seu art. 2º. Vale dizer: as MPs adotadas antes da EC 32/01 não estão sujeitas às limitações objetivas estabelecidas a partir de então. Não tenho dúvida quanto à circunstância de que o legislador constituinte derivado quis pôr a salvo da iniquação de inconstitucionalidade as medidas provisórias anteriores que trataram, por exemplo, de direito penal ou de matéria processual civil ou penal.

O Tribunal Superior do Trabalho, em composição plenária, já se pronunciou sobre a questão, in verbis: RECURSO ORDINÁRIO EM AGRAVO REGIMENTAL - PRECATÓRIO - JUROS EM CASO DE CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA - MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/01.

Até a edição da Emenda Constitucional nº 32/01, era legítima a alteração de norma processual por meio de medida provisória. Por outro lado, a fixação de percentual de juros é questão de direito material e não de direito processual. Após a publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, a qual acresceu dispositivo à Lei nº 9.494/96, os juros aplicáveis nas condenações da Fazenda Pública são de 0,5% ao mês. Logo, deve ser dado provimento ao recurso ordinário para reduzir o percentual de juros aplicável a partir de setembro de 2001 para 0,5% ao mês.

Recurso ordinário provido.

(Proc. RXOFROAG-4573-2002-921-21-40, Decisão do Tribunal Pleno, Rel. Min. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, Publ. DJU de 20.06.2003 - grifei).

Não se discute que o Poder Judiciário, no exercício do poder de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público - e assim também no tocante às medidas provisórias -, tem o poder de perquirir sobre a adequação dessas medidas aos requisitos que a própria Constituição fixou para que o Presidente da República as adote. Mas, convenhamos, esse poder não é absoluto e não pode ser exercido sob o prisma da justiça ou injustiça, do acerto ou do desacerto da medida provisória.

A Suprema Corte, no exercício do controle concentrado, estabeleceu limitações que são impostas ao juiz no exame das Medidas Provisórias em sucessivos julgamentos que envolviam questionamento direto sobre a constitucionalidade de algumas delas, assentando, por exemplo, que relevância e urgência encerram avaliações de caráter político cabíveis ao descortino do Presidente da República; e que o poder de aferir a conveniência da adoção da medida é do Legislativo. Nesse sentido a jurisprudência já transcrita supra no voto vencido do Exmo. Juiz João Ghisleni Filho.

[◀ volta ao índice](#)

Por estas razões, peço vênica à maioria para divergir e registrar o entendimento de que não se pode cogitar, no caso, da inconstitucionalidade formal reconhecida no voto vencedor em relação à Medida Provisória nº 2.180-35/2001 e edições subseqüentes, na parte em que acrescenta o parágrafo 5º ao artigo 884 da CLT.

II. Em segundo lugar, julgo também necessário que se aprecie a questão sob o prisma da utilidade da decisão a ser proferida pelo tribunal, no exercício do controle difuso da constitucionalidade.

A revisão judicial acerca da constitucionalidade das leis votadas no Poder Legislativo e dos atos normativos do Poder Executivo só é passível de discussão, no plano meramente teórico, quando se trata do exercício do controle concentrado, que é reservado ao Supremo Tribunal Federal. Isto significa que o juiz ou qualquer outro tribunal, ao exercer o poder de controle constitucional, só pode fazê-lo se a lei ou o ato normativo impugnado tiver influência decisiva sobre a decisão a ser proferida no caso concreto. Se não for assim, perde sentido a argüição de inconstitucionalidade, pois não é dela que resultará o caminho a ser adotado na sentença ou no acórdão para a solução da causa. O que interessa, no dizer de BARBOSA MOREIRA, "é que a decisão a ser tomada pelo órgão, seja qual for, dependa logicamente de considerar-se ou não constitucional a lei ou o outro ato objeto da argüição" (in Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, Forense, Rio, 1994, pág. 33).

No caso presente, não parece que o dispositivo da Medida Provisória 2180-35/2001 (acrescentado como parágrafo 5º ao art. 884 da CLT) seria realmente aplicável à controvérsia estabelecida no processo de execução, do qual se originou a argüição de inconstitucionalidade.

A tese foi esgrimida, é verdade, pela União Federal, que procura eximir-se ao cumprimento da título judicial sob o argumento de sua inexigibilidade. A hipótese aventada pela União só ocorreria, contudo, se a sentença exequenda estivesse porventura alicerçada "em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal." Não é, ao meu juízo, o que ocorre aqui, já que se trata de

condenação de diferenças salariais devidas a ocupantes de empregos públicos, em decorrência de interpretação de normas legais insertas em planos de estabilização econômica.

É verdade que o Supremo Tribunal Federal chegou a pronunciar-se sobre temas como este, inclusive contrariando, em alguns pontos, no julgamento de Recursos Extraordinários - apreciando, portanto, casos individuais - a jurisprudência que havia se firmado nos tribunais trabalhistas acerca dos efeitos de alguns planos econômicos sobre os contratos individuais de trabalho que estavam em vigência nas épocas de implantação desses mesmos planos. Mas não houve - e nem sequer é alegado - que tenha havido declaração de inconstitucionalidade, por parte do Supremo Tribunal, de alguma das normas introdutórias de planos econômicos que foram aplicadas na sentença condenatória da União.

O título judicial em execução não é fundado, com efeito, "em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal". Também julgo duvidoso que se possa afirmar que a decisão ora em execução decorra diretamente de "aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal". Note-se: o eventual erro de julgamento, resultante de uma errônea interpretação da lei, não se confunde com a segunda hipótese tratada no dispositivo legal questionado, qual seja a hipótese de aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

A União Federal não logrou demonstrar, ao meu juízo, que o título judicial contra o qual está investindo tenha o condão de atrair a incidência da regra inserida no art. 884, § 5º, da CLT, através da MP nº 2180. Logo, não sendo aplicável o dispositivo legal ao caso concreto, não havia a necessidade de o juiz incursionar no tema da constitucionalidade ou não da regra jurídica.

Voto, portanto, pela rejeição, da argüição de inconstitucionalidade.

Voto Vencido do Juiz João Ghisleni Filho

Trata-se de declaração incidental de inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.01, que no seu artigo 9º acresceu o § 5º no artigo 884 da CLT: "Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal."

Destaca-se, inicialmente, que se presume constitucional toda e qualquer Lei, assim como seus dispositivos, de modo que a inconstitucionalidade ora invocada deve ser analisada sob três aspectos: formal originária, superveniente formal, e material propriamente dita.

[◀ volta ao índice](#)

Quanto ao primeiro aspecto, da inconstitucionalidade formal originária, importa no esclarecimento acerca dos critérios constitucionais de relevância e urgência pertinentes à edição de Medidas Provisórias (art. 62 da CLT). Segundo reiteradas decisões do STF, a relevância e urgência, salvo abusos manifestos, fazem parte da discricionariedade do Poder Executivo. O elemento político é inerente a este aspecto, pois a avaliação sobre a existência, ou não, da urgência e relevância compete ao Chefe do Poder Executivo, incumbindo ao Poder Legislativo o encargo de fiscalização.

Eventual controle da constitucionalidade, seja ele concentrado ou difuso, é admissível apenas quando notória e objetivamente é possível aferir-se a não-existência dos referidos critérios de urgência e relevância para edição das Medidas Provisórias.

Nesse sentido é o entendimento consubstanciado na ADIn-526/DF, quando o Ministro-Relator Sepúlveda Pertence refere entendimento do Ministro Moreira Alves exarado na ADIN-162:

"...admitiu que os pressupostos de relevância e urgência para a emissão de medidas provisórias não eram de todo imunes ao controle jurisdicional; o que, entretanto, ficou claro, não retira o caráter discricionário do juízo político, que os afirma, restringindo, pois, o controle jurisdicional aventado à verificação, em cada caso, da existência de abuso manifesto".

Nesse sentido também decidiu o Plenário do STF ao julgar o RE 420.816 em 20.09.2004, declarando a constitucionalidade do artigo 1º-D da Lei 9.494/97, com redação dada pela Medida Provisória (MP) 2.180-35, editada em 2001. Esse dispositivo determina que não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas. O recurso foi interposto pelo INSS contra decisão do TRF da 4ª Região que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, sob o fundamento de que não havia, naquele caso, os pressupostos de urgência e relevância que justificassem a edição de uma MP. A divergência foi aberta pelo Ministro Gilmar Mendes, que votou pela Constitucionalidade da MP, afirmando que "o critério de relevância está presente na legislação por razões óbvias". Para o Ministro uma das razões que justificam a MP é o grande número de execuções contra o INSS.

No caso concreto, não se vislumbra qualquer abuso do Poder Executivo ao editar a MP 2180-35, ou a ausência de urgência e relevância desta, em especial em relação ao parágrafo 5º acrescido ao art. 884 da CLT. Não há falar, portanto, na inconstitucionalidade formal originária.

Quanto à invocada inconstitucionalidade superveniente formal, em face da edição da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, também não há como ser acolhida. Esta Emenda Constitucional recepcionou legislação infraconstitucional anterior não conflitante, o que ocorreu em relação à MP 2180, editada duas semanas antes. Tal conclusão decorre da inexistência de medida provisória ulterior revogando explicitamente a MP 2180, conforme dispõe o art. 2º desta EC 32. No período anterior à Emenda Constitucional 32, as Medidas Provisórias podiam versar sobre matéria processual, pois inexistiam restrições quanto às matérias passíveis de serem objeto de Medidas Provisórias, com força de lei. Nessa linha de entendimento foi a referida decisão do STF ao julgar o Recurso Extraordinário nº 420.816, haja vista a matéria nele abordada, honorários advocatícios na execuções não embargadas, notoriamente questão processual como os ora examinados títulos judiciais fundados em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal (§ 5º do art. 884 da CLT).

Por tais motivos, também não há como se acolher a invocada inconstitucionalidade formal superveniente.

Quanto ao terceiro aspecto da inconstitucionalidade suscitada, o material, relativo ao conteúdo da norma em exame, também não há como ser acolhido.

No ensinamento de Humberto Teodoro Júnior: “a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional.”

O autor citado aceita a utilização da ação rescisória com fundamento no art. 485, inciso V, do CPC, embora não a considere o meio tecnicamente mais adequado. Isso não significa, porém, admitir o prazo decadencial de dois anos, na medida em que o caso julgado inconstitucional deve se submeter “exatamente ao mesmo regime de inconstitucionalidade dos atos legislativos, para o qual não há prazo”.

[◀ volta ao índice](#)

Caberia, portanto, a utilização dos embargos do devedor, sob o fundamento da inexigibilidade do título (CPC, art. 741, II), uma vez que exigibilidade pressupõe sempre a certeza jurídica do título, de maneira que não gerando certeza a sentença nula, careceria ela, ipso facto, de exigibilidade.

Arakem de Assis destaca também que o juízo sobre a constitucionalidade da norma, na qual se funda o título, atua no plano da eficácia, podendo desfazer retroativamente os efeitos da coisa julgada e apagando o efeito executivo da condenação, o que tornaria inadmissível a execução.

Cândido Dinamarco, por sua vez, conforme referido pela agravante em suas razões recursais (v. fl. 375), ensina nos termos a seguir transcritos, concessa venia:

“A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional.

(...)

Os precedentes jurisprudenciais brasileiros colhidos na pesquisa feita apontam exclusivamente casos em que se questionavam indenizações a serem pagas pelo Estado, notando-se até uma preocupação unilateral pela integridade dos cofres públicos, mas o tema proposto é muito mais amplo, porque a fragilização da coisa julgada como reação a injustiças, absurdos, fraudes ou transgressão a valores que não comportam transgressão, é suscetível de ocorrer em qualquer área das relações humanas que são trazidas à apreciação do Poder Judiciário. Onde que se tenha uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e portanto não incidirá a autoridade da coisa julgada material - porque, como sempre, não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídico-constitucional.”

Assim, também por este terceiro e último aspecto, da materialidade, não há como se acolher a invocada inconstitucionalidade.

No entendimento deste Juiz, considera-se constitucional a norma contida no § 5º do art. 844 da CLT.

2.1. Embargos de declaração

(Processo 00004.018/92-3 AP (Embargos Declaratórios). Relatora a Exma. Juíza Ana Luiza Heineck Kruse. Publ. DOE-RS:19.08.2005)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. Diz o julgado que a Medida Provisória nº 2180-35/2001 já nasceu incompatível com “a própria essência do processo” e que, com a Emenda Constitucional nº 32 “apenas se tornou expressa uma incompatibilidade substancial que sempre existiu”. Expressos no acórdão os fundamentos pelos quais não se considera vigente a Medida Provisória nº 2180-35/2001 até sua revogação explícita por medida provisória ulterior ou deliberação definitiva do Congresso Nacional, não se verifica a omissão alegada.

VISTOS e relatados estes autos de EMBARGOS DECLARATÓRIOS opostos ao acórdão das fls. 903/914, em que é embargante UNIÃO e embargado ALDA BERTHIER DE MORAES PINTO E OUTROS.

Sustenta a embargante que o acórdão é omissivo em relação ao artigo segundo da Emenda Constitucional nº 32, cujo teor transcreve. Diz que se trata de omissão que deve ser sanada, a fim de que se faça o prequestionamento e se possibilite o recurso a instâncias superiores.

Os autos vêm em mesa para julgamento.

É o relatório.

ISTO POSTO:

O acórdão embargado declara incidentalmente a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2180-35/2001 e edições subseqüentes na parte em que acrescenta o parágrafo 5º ao artigo 884 da CLT, “tanto porque não preenche os requisitos de relevância e urgência como por ferir o princípio constitucional da coisa julgada”.

A decisão refere expressamente que a Medida Provisória nº 2180-35/2001 já nasceu incompatível com “a própria essência do processo” e que, com a Emenda Constitucional nº 32 “apenas se tornou expressa uma incompatibilidade substancial que sempre existiu”. Por esses fundamentos, não há falar em existência válida da Medida Provisória em questão no período anterior à Emenda Constitucional nº 32, refutando-se a possibilidade de se considerar vigente o referido instituto até sua revogação explícita por medida provisória ulterior ou deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Não há, pois, omissão a ser sanada no julgado a respeito do disposto pelo artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, que se tem por prequestionado para os efeitos pretendidos.

Ante o exposto,

ACORDAM os Juízes do Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por unanimidade de votos, negar provimento aos embargos de declaração opostos pela União.

Intimem-se.

Porto Alegre, 29 de julho de 2005.

ANA LUIZA HEINECK KRUSE - Juíza Relatora

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

[◀ volta ao índice](#)

3. Medida Provisória nº 2180-35/2001. Juros moratórios aplicáveis à Fazenda Pública. Inconstitucionalidade.

(Processo 00483.018/92-9 AP. Relatora a Exma. Juíza Ana Luiza Heineck Kruse. Publ. DOE-RS:21.05.2004)

EMENTA: MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2180-35/2001. JUROS MORATÓRIOS APLICÁVEIS À FAZENDA PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE. A Medida Provisória é instrumento legislativo de caráter excepcionalíssimo e precário, reservado a situações de urgência e relevância, nos termos do artigo 62 da Lei Maior. Não se autoriza sua utilização para reger matéria como a dos juros moratórios, já disciplinada, no âmbito trabalhista, por lei ordinária. A alteração trazida pelo diploma normativo ora questionado implica concessão de injustificável privilégio ao ente público, em prejuízo dos trabalhadores a ele vinculados, e flagrante violação às disposições do artigo 5º da Constituição Federal.

Declara-se, pelo voto majoritário na Turma, a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2180-35/2001 e edições subseqüentes, na parte em que acrescenta o artigo 1º-F à Lei 9.494/97, registrando-se as razões de voto vencido do Exmo. Juiz Flavio Portinho Sirangelo.

VISTOS e relatados estes autos de AGRAVO DE PETIÇÃO, interposto de decisão do Exmo. Juiz da 18ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, sendo agravante ADALBERTO TOSTES NETO E OUTROS e agravado INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - IPERGS.

A Oitava Turma deste Tribunal, em sessão realizada em 27/11/2003, acolhendo por unanimidade o voto-proposta do Exmo. Juiz José Felipe Ledur, declara incidentalmente a inconstitucionalidade da medida provisória nº 2.180/2001, no tocante à disciplina dos juros aplicáveis à Fazenda Pública, determinando a remessa dos autos ao Órgão Especial para apreciação da questão.

Nos termos do artigo 143, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, o feito é redistribuído a esta Relatora.

O Ministério Público do Trabalho oficia pelo reconhecimento da inconstitucionalidade.

É o relatório.

[◀ volta ao índice](#)

ISTO POSTO:

A Medida Provisória nº 2180-35/2001 acresceu à Lei 9.494/97 o art. 1º-F, com o seguinte teor:

"Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano".

Alterou, assim, a disciplina dos juros de mora na execução trabalhista dirigida contra a Fazenda Pública, afastando, quanto a esta, a aplicação da Lei 8.177/91, cujo artigo 39, § 1º, dispõe:

"Aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes de acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no caput, juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados pro rata die, ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação".

O artigo 62 da Constituição Federal permite que o Presidente da República legisle por meio de medidas provisórias. Este instrumento legislativo, contudo, é de caráter excepcionalíssimo e precário, reservando-se, por expressa disposição da norma constitucional que o prevê, a situações de urgência e relevância. Sua adequada utilização é passível de exame pelo Judiciário.

No sentido do cabimento do exame da constitucionalidade da Medida Provisória, cita-se o acórdão nº 48577.018/91-1, publicado em 20-01-2003, em que foi Relator o Exmo. Juiz José Felipe Ledur:

"Examinando-se a alteração introduzida pela medida supracitada, cabe destacar que o art. 62 da Constituição Federal, inclusive após a redação que lhe foi dada pela Emenda nº 32, de 11/09/01, faculta ao Presidente da República editar Medida Provisória somente "em caso de relevância e urgência". Atente-se, pois, que a presença de tais pressupostos constitui requisito para o uso da Medida Provisória, o que faz com que a argüição dos mesmos seja passível de questionamento em sede judicial, embora de forma restrita em razão do grau de discricionariedade que pauta sua avaliação. Ao Judiciário compete, pois, o exame da procedência da argüição de relevância e urgência para verificar sua conformidade com a Constituição. Nesse sentido, a posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIMC nº 162-DF (DJU de 19/09/97):

"Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar".

Na linha desse entendimento, Clèmerson Merlin Clève (A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, pp. 200-4) ressalta que cabe, sim, o exame dos pressupostos de habilitação (urgência e relevância) pelo Poder Judiciário. Em reforço, o autor refere a experiência da Itália e da Espanha nesse terreno, países em que o controle também é exercido pelo Judiciário. Diante da posição jurisprudencial e da doutrina focada, resta evidenciado o cabimento do controle dos pressupostos da urgência e relevância pelo Judiciário."

Não há autorização constitucional para a adoção de Medida Provisória para reger toda e qualquer matéria, como aquela que se discute na espécie. Necessário é que estejam bem identificados os

requisitos de relevância e urgência. A questão dos juros de mora já é disciplinada, no âmbito trabalhista, por lei ordinária, e, portanto, não pode ser considerada como matéria que deva ser normatizada de forma urgente e em caráter excepcional pelo Poder Executivo.

Quanto ao conteúdo da Medida, também esta não se justifica. Os juros moratórios, nesta Justiça Especial, são regradados pelo artigo 39 da Lei 8177/91. A aplicação da Lei 9494/97 implica concessão de privilégio à Fazenda Pública, em violação às disposições do artigo 5º da Constituição Federal, especialmente daquelas que asseguram a todos igualdade de tratamento.

Nesse sentido, o parecer do Ministério Público do Trabalho:

"Resulta evidenciado que a sistemática adotada na Medida Provisória nº 2.180-35 consubstancia ofensa ao princípio constitucional da isonomia, ao estabelecer o tratamento diferenciado entre os sujeitos da relação jurídica trabalhista, distinguindo, de um lado, os trabalhadores não-públicos cujos créditos são atualizados por índices próprios previstos na legislação específica, e, de outro, os servidores e empregados públicos para os quais o percentual de juros aplicável não poderia ultrapassar o índice de seis por cento ao ano."

[◀ volta ao índice](#)

O ente público, quando contrata trabalhadores, despe-se de seu poder de império, sujeitando-se às mesmas normas que regem a relação de trabalho na iniciativa privada. Assim, admitir-se a alteração trazida pelo diploma normativo ora questionado implicaria cancelar-se concessão de injustificável privilégio ao ente público, em prejuízo dos trabalhadores a ele vinculados.

Neste sentido bem observa o Procurador do Trabalho Victor Hugo Laitano em seu parecer : "Partindo da premissa de que a garantia de igualdade de tratamento das partes no processo, no tocante ao direito material aplicável, é uma imposição ao legislador e ao aplicador da lei, não há como admitir-se a adoção de critérios de correção dos créditos dos sujeitos das relações trabalhistas por dois índices distintos. Isto não significa obstar a concessão de prerrogativas processuais a determinados sujeitos, em face da sua especial condição, notadamente quanto ao procedimento de requisição de pagamento por precatório nas condenações impostas à Fazenda Pública, com também as regras que diferenciam os prazos a ela concedidos em relação aos litigantes em geral. Trata-se de corolário do interesse público que justifica a concessão de prerrogativas processuais à Fazenda Pública, ao representar a defesa do bem comum, sem prejuízo da garantia de igualdade com os demais litigantes perante a norma substantiva."

Entende-se, pois, pela inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2180-35/2001 e edições subseqüentes na parte em que acrescenta o artigo 1º-F à Lei 9.494/97, tanto porque não preenche os requisitos de relevância e urgência como por ferir o princípio da igualdade.

Ante o exposto,

ACORDAM os Juízes do Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por maioria de votos, vencidos os Exmos. Juízes Presidente, Flavio Portinho Sirangelo, Paulo José da Rocha e João Ghisleni Filho, declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2180-35/2001 e edições subseqüentes na parte em que acrescenta o artigo 1º-F à Lei 9.494/97.

Intimem-se.

Porto Alegre, 26 de março de 2004.

ANA LUIZA HEINECK KRUSE - Juíza Relatora

Voto Vencido do Exmo. Juiz Flavio Portinho Sirangelo.

Manifesto divergência quanto ao entendimento acolhido pela douta maioria. Não vislumbro a alegada inconstitucionalidade do dispositivo da Medida Provisória nº 2180-35/2001, que acresceu à Lei 9.494/97 o art. 1º-F e estabeleceu: "Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano".

Da invocada inconstitucionalidade formal.

Em primeiro lugar, ao contrário do que entendeu a douta maioria, não há qualquer inconstitucionalidade do ponto de vista formal no dispositivo da Medida Provisória ora em debate, dado o poder que é concedido em nossa Constituição, art. 62, ao Presidente da República, para adotar medidas provisórias, com força de lei, e submetê-las ao crivo do Congresso Nacional.

O art. 62 da Constituição, como é sabido, foi alterado através da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, sendo esta emenda o resultado de um longo e tormentoso processo político-legislativo, através do qual a Nação procurou, em boa hora, definir de maneira mais clara e precisa os limites do poder de legislar que é atribuído, em caráter temporário ou excepcional, ao Chefe do Poder Executivo. A redação primitiva da Carta Política, ao outorgar-lhe esse poder, fizera-o em termos mais simples e imprecisos. A Emenda Constitucional nº 32 veio para criar uma disciplina mais objetiva e precisa a esse poder, mas cuidou de ressaltar dos seus efeitos limitadores as medidas provisórias que haviam sido editadas em data anterior à da sua promulgação, fazendo isso de forma expressa no seu art. 2º.

Vale dizer: as MPs adotadas antes da EC 32/01 não estão sujeitas às limitações objetivas estabelecidas a partir de então. Não há dúvida, ao meu juízo, que o legislador constituinte derivado quis pôr a salvo da iniquação de inconstitucionalidade as medidas provisórias anteriores que trataram, por exemplo, de direito penal ou de matéria processual civil ou penal.

De qualquer sorte, a Medida Provisória nº 2180-35/2001, na parte ora discutida, não trata de direito processual ou de qualquer das outras matérias elencadas exaustivamente no parágrafo 1º, do art. 62, da Carta, em relação às quais é vedada a utilização de medidas provisórias.

O Tribunal Superior do Trabalho, em composição plenária, já se pronunciou sobre a questão que estamos aqui debatendo, verbis:

[◀ volta ao índice](#)

RECURSO ORDINÁRIO EM AGRAVO REGIMENTAL - PRECATÓRIO - JUROS EM CASO DE CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA - MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/01.

Até a edição da Emenda Constitucional nº 32/01, era legítima a alteração de norma processual por meio de medida provisória. Por outro lado, a fixação de percentual de juros é questão de direito material e não de direito processual. Após a publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, a qual acresceu dispositivo à Lei nº 9.494/96, os juros aplicáveis nas condenações da Fazenda Pública são de 0,5% ao mês. Logo, deve ser dado provimento ao recurso ordinário para reduzir o percentual de juros aplicável a partir de setembro de 2001 para 0,5% ao mês.

Recurso ordinário provido. (Proc. RXOFROAG-4573-2002-921-21-40, Decisão do Tribunal Pleno, Rel. Min. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, Publ. DJU de 20.06.2003 - grifei).

Das limitações do judicial review.

Em segundo lugar, não se discute que o Poder Judiciário, no exercício do poder de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público - e assim também no tocante às medidas provisórias -, tem o poder de perquirir sobre a adequação dessas medidas aos requisitos que a própria Constituição fixou para que o Presidente da República as adote. Mas esse poder não é, obviamente, absoluto, e não pode ser exercido sob o prisma da justiça ou injustiça, do acerto ou do desacerto da medida provisória. A Suprema Corte, no exercício do controle concentrado, estabeleceu limitações que são impostas ao juiz no exame das medidas provisórias em sucessivos julgamentos que envolviam questionamento direto sobre a constitucionalidade de medidas provisórias, assentando, por exemplo, que relevância e urgência encerram avaliações de caráter político cabíveis ao descortino do Presidente da República; e que o poder de aferir a conveniência da adoção da medida é do Legislativo. Como salienta voto proferido pelo Min. Carlos Mario Velloso, ao Judiciário cabe a aferição acerca da utilização abusiva ou não da medida provisória, e não a presença ou não dos requisitos da relevância e da urgência. Em outra decisão, pronunciou-se o plenário da Suprema Corte no seguinte sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 11 E 18 DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1.925-5, SUCESSIVAMENTE REEDITADA ATÉ O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 32/2001. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5.º, CAPUT; 37, CAPUT, E 62, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Os dispositivos em referência, ao atribuírem aos órgãos de trânsito o registro de ônus reais sobre veículos automotivos de qualquer espécie, não ofendem as normas constitucionais indicadas.

Os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória são de apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário. Entendimento assentado na jurisprudência do STF.

Ação julgada improcedente.

(ADIN 2150 - PUBL.: DJ DATA-29-11-2002 REL. MIN. ILMAR GALVÃO TRIBUNAL PLENO - grifei).

Assim, a decisão ora adotada pela maioria - que se utiliza de doutrina superada nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal - acaba por criar, no exame de um caso concreto, orientação que se mostra em linha de colisão com julgados precedentes de quem tem o poder de dar a palavra final. Parece-me, data venia, inútil ao Regional insistir em proferir decisão que, além de já vir contrariada por decisão

recente do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, enfrente ainda a jurisprudência assentada sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal. No caso dos autos, a inconstitucionalidade da medida provisória é denunciada, dentre outros argumentos, sob o fundamento de que a questão alusiva aos juros de mora, incidentes sobre os débitos trabalhistas, já é tratada em lei ordinária aplicável nesta Justiça Especializada, sendo injustificável que o mesmo tema venha a ser objeto de tratamento diferente por meio de medida provisória. Como se vê, a orientação proposta adentra em juízos sobre a conveniência e a correção da medida, do que não decorre, data venia, a conclusão preconizada, de ser a medida inconstitucional. Mesmo que se cogite de ser, a regra jurídica provisória, injusta ou inadequada ao contexto da disciplina jurídico-trabalhista, isso não conduz à declaração de sua inconstitucionalidade, porque ela não se mostra assim, ou seja, não se apresenta ela em ostensivo conflito com o ordenamento constitucional. Medida provisória que é, na forma do art. 62 da CF, possui ela força de lei, enquanto não for rejeitada pelo Congresso Nacional; e se constitui ela em lei de natureza especial, como também o é o artigo 39 da Lei 8177/91, o qual, por ser precedente no ordenamento, resulta alterado em relação à matéria introduzida pela MP 2180. Se a MP tem força de lei, enquanto em vigor, tem ela a força de revogar norma da mesma hierarquia com a qual venha eventualmente a colidir. Daí porque não vislumbro, também sob esse prisma, a existência de fundamento para a declaração de inconstitucionalidade proposta pela Eg. Turma.

Da invocada inconstitucionalidade material.

[◀ volta ao índice](#)

Resta examinar a questão à luz do princípio constitucional da isonomia, pois a decisão ora adotada pela maioria assenta que: "A aplicação da Lei 9494/97 implica concessão de privilégio à Fazenda Pública, em violação às disposições do artigo 5º da Constituição Federal, especialmente daquelas que asseguram a todos igualdade de tratamento.". Sem embargo da razoabilidade de que se reveste esta orientação, julgo questionável a hipótese da presença de violação do princípio jurídico e constitucional da isonomia no caso em discussão. É célebre a dicção de Aristóteles segundo a qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A doutrina, entretanto, não se satisfaz com o enunciado aristotélico no exame da pluralidade de questões que o tema costuma suscitar. O sentimento que parece tomar a consciência do aplicador e intérprete da lei em casos como o presente foi bem expressado pelo Min. Sepúlveda Pertence, ao votar em determinado processo no STF, acentuando "o tormento da solução jurídica do problema da inconstitucionalidade por exclusão indevida de benefício, em face da regra de isonomia".¹ Talvez por isso mesmo alguns juristas, dentre eles Francisco Campos² e Celso Antonio Bandeira de Mello³, dedicaram-se ao estudo analítico do fenômeno da isonomia e desde logo me permito destacar, dentre os princípios basilares que devem nortear o intérprete, as duas seguintes observações: o destinatário da cláusula constitucional da igualdade é precisamente o legislador e, em conseqüência, a legislação; do que, vale dizer, as pessoas e grupos podem ser alvo de discrimen quando tal se mostre justificado por diferenças que ostentem umas em relação às outras; somente mediante a identificação de uma fator objetivo de igualdade ou desigualdade é possível dirimir a dúvida acerca da existência ou não de agressão ao princípio constitucional da isonomia.

A monografia do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello aponta três critérios basilares para a identificação do desrespeito à isonomia, quais sejam: (a) identificação do elemento adotado como critério discriminatório; (b) a verificação acerca da existência de uma justificativa racional - ou fundamento lógico para, "à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada"; e (c) a verificação da consonância desta correlação com os interesses absorvidos no sistema constitucional.⁴ Não é viável, por exemplo, discriminar pessoas em face de atributos individuais e pessoais, como desigualar gordos e magros, altos e baixos, etc. É possível discriminar quando pessoas ou grupos estão vinculados a regimes, condições e circunstâncias diferentes. Ainda nos últimos dias divulgou-se que o Tribunal Superior do Trabalho assentou que o servidor público vinculado ao regime da CLT é, apesar disso, capaz de adquirir a estabilidade de que trata o art. 41 da Constituição.⁵ Ora, há um nítido elemento de discrimen na decisão e que diz respeito ao fato de serem esses trabalhadores vinculados a empregadores que são entes públicos; do que exsurge a justificativa racional e lógica para o fato de que, apesar de contratarem servidores e submeterem-se à legislação ordinária do trabalho, tais empregadores não podem exercer com a mesma facilidade que é assegurada ao empregador privado o direito potestativo de despedir. Será isso uma agressão ao princípio da isonomia? Afirmo que não, pois neste caso não é o regime jurídico contratual o traço de identificação, mas a inegável distinção de fatores e entre as

atribuições, objetivos e modo de desempenhar atividades produtivas que separa os entes públicos dos entes privados e que distingue os trabalhadores públicos dos trabalhadores privados. Voltando ao caso em discussão: se os juros visam a remunerar a mora na satisfação do crédito de que se torna titular o empregado, a idéia de que a reparação seja mais pesada para aqueles que atuam visando ao lucro, do que para os entes públicos, que administram apertados orçamentos e dependem da arrecadação dos impostos pagos pelo povo, é ela uma idéia que encerra um conteúdo lógico e racional e que tem apoio num ou vários elementos de *discrimen* reais e existentes.

São marcadamente distintas e diferentes as situações jurídicas dos empregados do setor privado e dos empregados do setor público. Uns possuem vantagens que outros não possuem e vice-versa. Uns têm restrições que outros não sofrem e vice-versa. Seria ocioso elencar aqui a multiplicidade de elementos de distinção entre os primeiros e os segundos. Igualmente, parece-se tranqüilo afirmar que não são iguais os empregadores público e privado em muitos aspectos, a começar pelos diferentes - e às vezes até colidentes - interesses que ostentam.

[◀ volta ao índice](#)

Portanto, não é o fato de o servidor público vincular-se por contrato - criando uma relação jurídica tipicamente trabalhista - que o torna rigorosamente igual ao trabalhador privado ou que cria uma situação isonômica, tornando proibitivos tratamentos legal e constitucional desiguais. A ordem jurídica os reconhece e os trata desigualmente em inúmeros aspectos - assim validando o tratamento diferenciado quanto à fluência dos juros moratórios decorrentes das decisões judiciais que os favoreçam.

Por todos estes fundamentos, registro a minha divergência no sentido de julgar improcedente o incidente de argüição de inconstitucionalidade proposto pela Eg. Turma.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

1 A alusão foi feita em um julgamento no qual, a propósito de tema análogo ao ora em discussão, referiu-se o plenário do STF ao "dilema - na hipótese de ofensa à isonomia pela norma legal que, concedendo vantagens a uns, não as estende a outros, em situação idêntica - entre a declaração de inconstitucionalidade da lei discriminatória ou da inconstitucionalidade da omissão relativa". Mesmo assim, decidiu a Corte, naquele caso, pela inadmissibilidade de antecipação cautelar da declaração de inconstitucionalidade, sublinhando o fato de tratar-se de caso em que "o ato normativo que traduziria a discriminação alegada é uma medida provisória, ainda pendente de apreciação pelo Congresso Nacional e, portanto, ela mesma, com vigência provisória e resolúvel" (v. ADIn 529-4, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J.U. de 05.03.93, Ementário n. 1694 - 2 - grifei).

2 Direito Constitucional, Ed. Freitas Bastos, 1956, Vol. II.

3 O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, Ed. Revista dos Tribunais, 2a. edição, 1984.

4 Op. Cit., Cap. III, item 12.

5 Diz a notícia, extraída do website do TST, em 25/3/04: "Em uma das decisões que serviram de referência para a formação da jurisprudência sobre essa questão, o ministro Milton de Moura França afirmou que o Supremo Tribunal Federal consagrou a tese de que o "servidor-empregado, contratado após prévia aprovação em concurso público, independentemente de ser optante pelo FGTS, goza de estabilidade do artigo 41 da Constituição, beneficiando-se, assim, do direito de, somente após regular apuração de falta que lhe seja imputada, ser dispensado por justa causa, quando seu empregador é a administração pública, autárquica ou fundacional".

[◀ volta ao índice](#)

4. Prazo processual. Medida provisória. Inconstitucionalidade incidental.

(Processo 02808.018/90-8 AP. Relator o Exmo. Juiz Ricardo Luiz Tavares Gehling. Publ. DOE-RS:10.06.2003)

EMENTA: PRAZO PROCESSUAL - MEDIDA PROVISÓRIA - INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. A definição de prazo processual, ante a segurança e continuidade de vigência que as regras procedimentais devem proporcionar às partes, não se pode dar por medida provisória, especialmente quando ausentes os pressupostos de urgência e relevância. Configurada afronta ao artigo 62 da Constituição da República. Inconstitucionalidade incidental que se declara.

VISTOS e relatados estes autos de AGRAVO DE PETIÇÃO, interposto de decisão do Exmo. Juiz da 18ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, sendo agravantes ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, EDITH OLIVEIRA ESCANDIEL E FLORIVAL LOPES BUENO e agravados OS MESMOS.

A Quarta Turma deste Tribunal, em sessão realizada em 05/09/2002, por unanimidade, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da medida provisória nº 1984/2000 (1ª edição), que

atualmente recebe o nº 2.180/2001, no tocante ao prazo para interposição de embargos do devedor no processo do trabalho, nos termos do acórdão lavrado às fls. 805-809.

Cumpridas as diligências de praxe (certidão da fl. 811), os autos foram conclusos ao Exmo. Juiz-Presidente da Turma, que os encaminhou à Presidência da Corte, para os fins previstos nos artigos 97 da Constituição Federal, 481 do CPC e 38, alínea "p", do Regimento Interno deste Tribunal, a teor do despacho exarado à fl. 812.

A requerimento do Ministério Público do Trabalho e com base no artigo 482, parágrafo 1º, do CPC, os autos foram retirados da pauta da sessão de julgamento do Órgão Especial do dia 29.11.2002, consoante a certidão da fl. 818.

Em parecer adunado às fls. 820-821, da lavra do ilustre Procurador Ivo Eugênio Marques, o Ministério Público do Trabalho oficia pela "rejeição da argüição de inconstitucionalidade, embora reconhecendo o abuso cometido no uso do instituto pelo Chefe do Poder Executivo."

O processo é novamente incluído na pauta de julgamento do Órgão Especial.

É o relatório.

[◀ volta ao índice](#)

ISTO POSTO:

Primeiramente, cumpre apreciar a questão suscitada pelo Ministério Público do Trabalho quanto à possibilidade de o Poder Judiciário pronunciar-se acerca do juízo de relevância e urgência adotado pelo Chefe do Poder Executivo no exercício da competência privativa de que trata o inciso XXVI do artigo 84 da Constituição Federal.

A par da discussão semântica quanto à natureza subjetiva das circunstâncias determinantes da edição de uma medida provisória, ao Poder Judiciário, no exercício do controle da constitucionalidade, ainda que de forma difusa e mesmo de ofício, não é dado abster-se do exame da adequação ou não do diploma legal questionado aos pressupostos formais estabelecidos no texto constitucional, sob pena de ofensa a um dos princípios fundamentais da República, o da divisão dos Poderes, com fulcro nos artigos 2º e 97 da Lei Maior.

Pois se mesmo uma emenda constitucional - cuja elaboração advém do poder constituinte derivado, ou, como conceitua José Afonso da Silva¹, da "competência constituinte derivada" ou do poder "constituinte de segundo grau" - pode ter a sua adequação ao texto constitucional questionada no âmbito do sistema de controle de constitucionalidade vigente em nosso ordenamento jurídico, com muito mais razão poderão ser objeto de aferição os requisitos de que trata o caput do artigo 62 da Constituição Federal.

Corroborando esse entendimento, preleciona José Afonso da Silva²:

"... Toda modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quorum etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias."

Discorrendo sobre os aspectos de relevância e de urgência determinantes da expedição de uma medida provisória, o citado autor refere³:

"As medidas provisórias, com força de lei, podem ser adotadas pelo Presidente da República, as quais, no entanto, para serem legítimas, não de atender a pressupostos formais, materiais e, ainda, a regras de procedimento que agora se exigem no art. 62 da CF com o enunciado oferecido pela EC-32/2001. Os formais são a relevância e a urgência; os materiais dizem respeito à matéria que pode ser por elas regulamentada. (...) Os pressupostos da relevância e da urgência já existiam, sempre apreciados subjetivamente pelo Presidente da República; nunca foram rigorosamente respeitados. Por isso, foram editadas medidas provisórias sobre assuntos irrelevantes ou sem urgência. Jamais o Congresso Nacional e o Poder Judiciário se dispuseram a apreciá-los para julgar inconstitucionais MPs que a eles não atendessem, sob o falso fundamento de que isso era assunto de estrita competência do Presidente da República."

Não destoia o ensinamento de Alexandre de Moraes⁴:

"Excepcionalmente, porém, quando presente desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar, por flagrante inobservância da urgência e relevância, poderá o Poder Judiciário adentrar a esfera discricionária do Presidente da República, garantindo-se a supremacia constitucional."

Assim, o Poder Judiciário não só pode como deve exercer o controle repressivo de constitucionalidade, sob pena de infringir o princípio da supremacia da Constituição, marco fundamental do Estado Democrático de Direito.

A Medida Provisória nº 2.102-27, de 26 de janeiro de 2001 (que atualmente recebe o nº 2180-35/2001), dispõe:

Art. 4º. A Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 1º-B. O prazo a que se refere o caput dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a ser de trinta dias." (NR)

A Constituição Federal autoriza a que o Presidente da República, apenas em caso de relevância e urgência, legisle por meio de medidas provisórias. Estas deveriam ser, assim, exceção, ao invés de se transformarem, como tem ocorrido, no mais importante instrumento de elaboração legislativa, tratando de todo e qualquer assunto, inclusive de matéria processual, especialmente relativa a prazo, o que configura afronta literal ao estatuído no artigo 62 da Constituição Federal/88.

O E. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o art. 4º da MP nº 1.632-1, de 09/04/98, que ampliou o prazo de decadência de dois para cinco anos quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios e respectivas autarquias e fundações públicas, deferiu medida cautelar, suspendendo os efeitos do referido diploma legal, por entender ausentes os pressupostos de relevância e urgência⁵:

"Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quando a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa."

Em seu voto o Ministro Marco Aurélio ponderou:

[◀ volta ao índice](#)

"... os predicados da relevância e da urgência estão previstos no artigo 62 da Constituição Federal, de que esta Corte é guarda como um grande todo. Logo, cabe-lhe perquirir - e se admite, até mesmo o controle de atos discricionários quanto ao motivo, à finalidade, à razão da prática - se, na espécie, concorreram, ou não, esses dois requisitos previstos no artigo 62 da Constituição Federal. E a toda evidência não concorreram. A medida provisória objetivou alterar o Código de Processo Civil. Penso que a alteração de normas instrumentais não se faz em regime de urgência, principalmente sabendo-se que são normas que vigoram desde 1973." (ora grifado)

No mesmo sentido a doutrina de José Augusto Rodrigues Pinto⁶, citada no Acórdão que deu origem à presente argüição:

"A competência para legislar sobre processo (em cujo contexto estão inseridos os prazos e não se confunde com a iniciativa da lei) é da competência da União (que não se confunde com o Presidente da República, apenas representante de um dos seus círculos de Poder). Logo, prazo processual não pode emanar de ato monocrático e unipessoal do Presidente da República. A norma dispendo sobre prazo processual tem que ser essencialmente duradoura, como contrapartida à estabilidade que é da essência do processo garantir às relações engendradas à sua sombra. A disciplina do prazo processual tem o atributo da permanência, como penhor da segurança da garantia de ampla defesa.

Somando-se a esses fatores, chega-se à perfeita noção de incompatibilidade entre o prazo processual e a relevância e a urgência próprias da medida provisória." (grifo inexistente no original)

Assim também já decidiu o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ⁷ :

"EMBARGOS À EXECUÇÃO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO INTEGRAL. ERROS DE LANÇAMENTO. INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.201-28/2001. É inconstitucional a Medida Provisória nº 2.102-28/2001, que alterava o prazo para a apresentação dos embargos de devedor, ante a ausência de requisito da urgência da medida. São intempestivos, nos termos do art. 738 do CPC, os embargos de devedor apresentados depois de transcorrido o prazo de 10 dias contados da data da juntada aos autos da carta precatória citatória."

Nesse julgamento, ao tratar dos requisitos básicos à edição do instrumento excepcional sob exame, o ilustre Relator salientou a inadmissibilidade de se estabelecer regra procedimental, notadamente relativa a prazo, por intermédio de Medida Provisória⁸:

"... o segundo requisito, o da urgência, é planamente apreciável jurisdicionalmente. E com mais razão quando tem por objeto a modificação de prazos processuais há décadas consolidados e determinados mediante a tramitação exaustiva de processo legislativo.

Nesse sentido, a edição da Medida Provisória 2.102-28/2001 configurou abuso de poder de legislar, por parte do Chefe do Poder Executivo, violando o art. 62 da Constituição Federal.

É de se consignar, ainda, a restrição ao uso da medida provisória em matéria processual, ante a ausência dos já mencionados requisitos do instrumento - relevância e urgência -, e como forma de garantia à segurança e certeza do direito."

O fato de a Emenda Constitucional nº 32 somente agora vedar expressamente a expedição de medidas provisórias sobre direito processual não autoriza presumir que, antes, houvesse tal permissivo, na medida em que apenas se tornou expressa uma incompatibilidade substancial que sempre existiu.

Especificamente quanto à Fazenda Pública, não se deve ignorar, também, que o diploma normativo atacado ofende cláusula pétrea da Lei Maior - a dos direitos e garantias individuais - limitadora da atuação do Estado, nos termos do disposto no inciso IV do parágrafo 4º do art. 62 da Constituição da República. Nesse sentido, o princípio da igualdade das partes, norteador do Direito Processual Civil e que advém do princípio do devido processo legal estatuído no inciso LIV do art. 5º da Carta Magna, foi atingido em sua essência, porquanto configurado um privilégio, e não mera prerrogativa processual, dada a ausência de qualquer justificativa plausível desse favorecimento unilateral, mormente considerando-se as demais "prerrogativas" das quais a Fazenda Pública é destinatária.

No caso julgado pelo E. Supremo Tribunal Federal o eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, enfatizou⁹:

[◀ volta ao índice](#)

"A igualdade das partes é imanente ao procedural *due process of law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo."

A se argumentar que a indigitada alteração de prazo não seria aplicável apenas à Fazenda Pública, mas a qualquer executado, persistiriam a inconstitucionalidade formal e a incompatibilidade com a natureza precária da medida provisória, como já enfatizado, o que, demais disso, viria na contramão da tão decantada tendência do direito processual, de se privilegiar a efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional.

Assim, inadmissível a aplicação do novo prazo estabelecido na medida provisória nº 1.984/2000 (1ª edição), para fins de admissibilidade dos embargos à execução, face à inconstitucionalidade - que incidentalmente é declarada, com fulcro no artigo 97 da Constituição Federal - da Medida Provisória sob exame, que atualmente recebe o nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, na parte em que acrescenta o art. 1º-b à lei 9.494, de 10.09.1997.

Ante o exposto,

ACORDAM os Juízes do Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por maioria de votos, vencidos os Exmos. Juízes Presidente, Fabiano de Castilhos Bertoluci, Pedro Luiz Serafini, Denis Marcelo de Lima Molarinho, João Ghisleni Filho e Jane Alice de Azevedo Machado, declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da medida provisória 1984/2000 e edições subseqüentes (atualmente nº 2180-35/2001), na parte em que acrescenta o art. 1º-b à lei 9.494, de 10.09.1997.

Intimem-se.

Porto Alegre, 28 de abril de 2003.

ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA - Juíza-Presidente

RICARDO GEHLING - Juiz-Relator

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

¹ In Curso de Direito Constitucional Positivo, 22ª edição, ed. Malheiros, pág. 65.

² ob. cit., pág. 68.

³ ob. cit., págs. 529-530.

- 4 In Direito Constitucional, 11ª ed., 2002, ed. Atlas, pág. 558.
5 ADIMC-1753/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 12/06/1998, pág. 51.
6 (In Revista LTr Legislação do Trabalho, abril, 2001, São Paulo - Brasil, pág. 65-04/411)
7 Apelação cível/reexame necessário nº 70002566727, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Presidente e Relator: Des. Henrique Osvaldo Poeta Rönick. Julgado em 13/06/2001.
8 Acórdão já citado. Relator: Des. Henrique Osvaldo Poeta Rönick.
9 Acórdão já citado. Relator: Min. Sepúlveda Pertence.

[◀ volta ao índice](#)

4.1. Embargos de declaração.

(Processo 02808.018/90-8 AP (Embargos Declaratórios). Relator o Exmo. Juiz Ricardo Luiz Tavares Gehling. Publ. DOE-RS:19.09.2003)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Não se verificando o suporte fático necessário à incidência das disposições constantes do artigo 897-A da CLT, impositiva é a rejeição dos embargos de declaração.

VISTOS e relatados estes autos de EMBARGOS DECLARATÓRIOS, opostos ao acórdão das fls. 827-834, em que é embargante ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e embargados EDITH OLIVEIRA ESCANDIEL e FLORINAL LOPES BUENO.

[▶ volta ao índice](#)

O Estado do Rio Grande do Sul interpõe embargos de declaração às fls. 836-857, alegando a existência de omissões no acórdão lavrado às fls. 827-834.

Primeiramente, deduz a ausência de indicação do número de juízes presentes à sessão em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 1º - B da Medida Provisória nº 2.180-35, em razão da cláusula de reserva de plenário estatuída no art. 97 da Lei Maior.

Por outro aspecto, alega omissão quanto aos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade. Com base em doutrina e jurisprudência pertinentes à tese esposada, ressalta que uma norma inconstitucional pode gerar "efeitos válidos". Ademais, com respaldo no enunciado 297 da súmula do TST, prequestiona os critérios formais e materiais de relevância e urgência, na forma do disposto no art. 62 da CF. Saliencia que a decisão prolatada contraria jurisprudência do STF, assim como nega vigência à Lei 9.994/97, com a redação alterada pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

Por fim, assinala omissão, no que tange às alterações implementadas pela Emenda Constitucional nº 32 ao art. 62 da CF. Para fins de prequestionamento, invoca o princípio da isonomia.

Destarte, pleiteia a concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração, nos termos do art. 897-A da CLT, com o escopo de sanar as omissões apontadas, "não declarando a inconstitucionalidade do dispositivo legal enfocado (art. 1º - B, da MP nº 2.180-35), ou em assim não sendo, o que admite apenas para fins de argumentação, declarar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade é válida somente para os embargos à execução opostos após 10-06-2003".

Na forma regimental, vêm conclusos os autos ao Relator.

É o relatório.

ISTO POSTO:

A análise dos argumentos do embargante revela claramente o intuito de rediscutir o mérito da decisão proferida, o que é incabível por meio deste remédio processual. A boa ou má interpretação de norma legal somente pode ser alvo de modificação por recurso próprio, jamais mediante embargos de declaração.

Com efeito, independentemente do entendimento que se tenha sobre o acerto ou não da decisão proferida neste grau de jurisdição, é certo que o aresto antes mencionado enfrentou toda a matéria pertinente e relevante.

Assim, impossível falar em contradição, omissão ou obscuridade, na medida em que a decisão atacada não se fundamenta em argumentos antagônicos, tendo sido explicitadas as razões de decidir, com fulcro no inciso IX do art. 93 da CF/88.

A redação consignada no acórdão não dá margem a interpretações dúbias, afigurando-se despiciendo quaisquer esclarecimentos complementares, mesmo que por mera questão semântica. Nesse contexto, cumpre atentar que o aresto impugnado foi elaborado de acordo com o Regimento Interno deste Tribunal, sendo que a certidão de julgamento à fl. 826 elenca os membros integrantes do respectivo

Órgão Especial presentes à sessão em que foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Medida Provisória 1984/2000 e edições subseqüentes (atualmente nº 2180-35/2001), na parte em que acrescenta o art. 1º - B à Lei 9.494, de 10/09/1997.

Por outro lado, não cabe ao Julgador perfilhar todos os argumentos expendidos pelas partes, mas sim a dicção do direito, fundamentando a decisão de forma a esgotar a prestação jurisdicional.

Nessa esteira, ainda, a lição de Theotônio Negrão, in Código de Processo Civil, Ed. Saraiva, 27ª edição, p. 414:

"O Juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco responder um a um os seus argumentos."

Quanto ao prequestionamento, o Julgador não está obrigado a analisar a conformidade de qualquer decisão que profere em cotejo com cada disposição invocada do ordenamento jurídico, de forma isolada. Pertinente, no aspecto, a transcrição do Precedente 118 da SDI do E. TST:

"PREQUESTIONAMENTO. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este. Inteligência do En. 297".

Assim, não remanesce omissão, tampouco ofensa aos dispositivos legais invocados.

Ante o exposto,

ACORDAM os Juízes do Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por unanimidade de votos, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

Intimem-se.

Porto Alegre, 25 de julho de 2003.

ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA - Juíza-Presidente

RICARDO GEHLING - Juiz-Relator

[◀ volta ao índice](#)

5. Recurso administrativo. Concurso público para provimento de cargos de Juiz do Trabalho Substituto da 4ª Região. Candidato que é bacharel proveniente do serviço público.

(Processo 01226-2005-000-04-00-9 ADM. Relator designado o Exmo. Juiz Flavio Portinho Sirangelo. Publ. DOE-RS: 28.09.2005)

EMENTA: RECURSO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO DA 4ª REGIÃO. CANDIDATO QUE É BACHAREL PROVENIENTE DO SERVIÇO PÚBLICO. Requisitos para a investidura, em face do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou a redação do art. 93, I, da Constituição Federal. Compreensão dos limites da ação administrativa, à luz do texto constitucional. Poder-dever da Administração de aplicar o princípio constitucional nos exatos termos da sua expressão e da sua finalidade intrínseca. Atividade Jurídica. Conceito. Atividade jurídica, segundo a melhor doutrina, é o conjunto de atividades próprias do mundo do direito que, de algum modo, qualificam a obtenção de uma experiência relevante e significativa para o exercício das funções de juiz e de promotor de justiça. Caso em que a recorrente demonstrou atender os requisitos da condição de Bacharel em Direito e do exercício de atividade jurídica por, no mínimo, três anos, dentro do serviço forense. A aplicação prática da regra contida no art. 93, I, da Constituição, enquanto Lei Complementar não dispuser de outra forma, exige a apuração, caso a caso, do preenchimento, pelo candidato a Juiz, dos requisitos constitucionais. O requisito da "atividade jurídica" deve ser apurado mediante critérios objetivos, podendo valer-se a Administração dos conceitos ditados pela experiência ou de conceitos técnicos, o que afasta a possibilidade de atuação discricionária. A tarefa da Administração é a de apurar se o candidato que é proveniente do serviço público exerceu ou não exerceu atividade essencialmente jurídica na sua função pública pelo prazo mínimo de três anos. Os servidores públicos exercentes de funções que possuem o conteúdo de assessoramento da atividade jurisdicional desempenham, em princípio, funções que devem ser consideradas de nível superior, sem prejuízo do exame, em concreto, da situação individual do

candidato interessado. Recurso provido para entender comprovado, pela recorrente, o preenchimento dos requisitos legais para a nomeação ao cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

VISTOS e relatados estes autos de PROCESSO ADMINISTRATIVO, em que é recorrente RAFAELA DUARTE COSTA e recorrido ATO DO JUIZ-PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO.

Adoto o relatório original, como segue:

“Rafaela Duarte Costa, candidata aprovada no Concurso para Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto da 4ª Região, ingressa com recurso administrativo contra ato do Exmo. Juiz-Presidente deste Regional, que indeferiu pedido que visa ao reconhecimento de que plenamente comprovado o exercício de atividade jurídica de que trata o artigo 35 da Resolução nº 907/2002 do C. TST, com alterações introduzidas pela Resolução Administrativa nº 1046/2005 daquela Corte.

Em suas razões, sustenta que a documentação carreada aos autos demonstra que o exercício de atividade jurídica pela recorrente não se limitou a dois anos e dois dias como entendido por este Tribunal, mas foi desempenhada por cinco anos, seis meses, e oito dias, junto a gabinetes de diversos desembargadores federais.

Destaca que comprovam tal assertiva, à guisa de exemplo, os acórdãos e despachos anexados ao recurso, redigidos pela recorrente enquanto lotada nos diversos gabinetes do TRF da 4ª Região, o que pode ser depreendido pela aposição, nos mesmos, das iniciais “RDC”. Aduz que dita circunstância é atestada pela declaração emitida pelo Diretor de Informática daquele Tribunal, a qual consigna que a recorrente redigiu, somente nos últimos dois anos, 2490 textos.

Pondera ter-lhe causado espécie o fato de que outros candidatos que exercem o mesmo cargo no TRT - técnico judiciário - não tenham sido preteridos, mormente se considerado que a sua atividade equivale à função comissionada de Assistente Administrativo, tal como descrito no item 2 do Expediente TRT 4ª MA nº 00514-2005-000-04-00-6 deste Tribunal. Neste particular, sinala inexistir função comissionada sob tal nomenclatura no TRF4, muito embora exerça atividade idêntica em gabinetes de desembargadores federais, tais como a elaboração de relatórios, votos, acórdãos e despachos.

[◀ volta ao índice](#)

Salienta, por outro lado, que o precitado Expediente deste Tribunal consigna, no item 3, que o cargo em comissão de Diretor de Secretaria tem natureza jurídica superior “em que pese não haver regulamentação acerca da exigência de nível superior de escolaridade”. Com base em tal premissa, observa que a praxe no TRF da 4ª Região é, igualmente, de lotar servidores para redação de votos, relatórios e acórdãos em gabinetes de Desembargadores Federais, detentores de diploma de bacharel em Direito, como é o caso da recorrente.

Conclui, do exposto, que se está a utilizar dois pesos e duas medidas para a análise do caso concreto, o que fere o princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal. O indeferimento do pedido foi mantido (fl. 100), com fundamento na proposição do Diretor-Geral de Coordenação Administrativa (fls. 98-99), tendo havido a autuação do recurso e a remessa dos autos ao Vice-Presidente, Relator na forma regimental.

Constatado não ter havido a notificação da recorrente acerca da decisão de fl. 100, os autos são remetidos à Direção Geral de Coordenação Administrativa para a tomada das providências cabíveis (fl. 103), retornando ao Juiz Relator após o cumprimento da determinação.

Com o intuito de reforçar a prova, a recorrente apresenta petição e documento protocolados neste Tribunal em 16/06/2005, cuja juntada, na seqüência, é determinada por este Relator.”

É o relatório, aprovado em sessão.

ISTO POSTO:

1. O OBJETO DO RECURSO.

Trata-se de decidir, em sede administrativa, se a bacharel em direito Rafaela Duarte Costa, candidata aprovada em todas as etapas do Concurso Público para o Provimento de Cargos de Juiz do Trabalho Substituto desta 4ª Região, preenche o requisito do exercício de atividade jurídica por no mínimo três anos, conforme dispõe o art. 93, I, da Constituição Federal, de acordo com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Entendeu a Administração que a interessada não comprovou o implemento daquele requisito, deixando de atender à exigência, nos exatos termos previstos pelo artigo 35 da Resolução nº 907/2002, do C. TST, com alterações introduzidas pela Resolução Administrativa nº 1046/2005 daquela Corte.

2. O CONTEÚDO DO ATO ADMINISTRATIVO RECORRIDO.

O conteúdo da decisão recorrida está assim descrito no voto do Relator originário, in verbis:

Com efeito, o artigo 35 da Resolução nº 907/2002 do C. TST, com alterações introduzidas pela Resolução Administrativa nº 1046/2005 daquela Corte assim dispõe:

Art. 35. O Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, no 30º (trigésimo) dia após a publicação da homologação do concurso, procederá à nomeação dos candidatos aprovados, para preenchimento das vagas existentes, observada a ordem rigorosa de classificação e a comprovação de que possuam, na data da nomeação, três anos, no mínimo, de atividade jurídica.

(...)

§ 5º Considera-se atividade jurídica o efetivo exercício, por prazo não inferior a 3 (três) anos, ainda que não consecutivos:

- a) da advocacia, sob inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil;
- b) de cargo, emprego ou função pública, ou magistério jurídico, privativos de bacharel em Direito, sejam efetivos, permanentes ou de confiança; e
- c) na condição de bacharel em Direito, de cargo, emprego ou função pública de nível superior, com atividades eminentemente jurídicas.

Analisando-se o conceito de "atividade jurídica" à luz das hipóteses legais acima grifadas, notadamente o exercício de cargo ou função pública por, no mínimo, três anos, resta claro que estes devem ser privativos de bacharel em Direito, ou, alternativamente, de nível superior, exercidos na condição de bacharel em Direito, com atividades eminentemente jurídicas.

Tanto, contudo, não se amolda ao caso concreto.

Conforme salienta o Diretor-Geral de Coordenação Administrativa deste Tribunal, em manifestação de fls 98-99, embora a documentação carreada aos autos comprove, de fato, o desempenho de atividades eminentemente jurídicas pela recorrente, na condição de bacharel em Direito, não logra a mesma demonstrar o exercício de cargo, emprego ou função pública de nível superior, condição indispensável para o atendimento dos requisitos constantes da norma regulamentar acima transcrita.

Estes foram, em síntese, os argumentos que alicerçaram a decisão indeferitória quanto aos pretendidos atos de nomeação e posse da ora recorrente no cargo de Juíza do Trabalho Substituta. O entendimento da decisão recorrida, com efeito, pode ser resumido no sentido de procurar identificar o exercício, por período não inferior a três anos, de função pública caracterizada como "de nível superior".

[◀ volta ao índice](#)

3. A SITUAÇÃO JURÍDICA DA RECORRENTE.

O exame do expediente administrativo deixa ver que a recorrente é servidora concursada do quadro funcional do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde ocupa o cargo público de Técnico Judiciário, Área Administrativa/Judiciária, desde a data da posse nesse referido cargo, ocorrida em 02.03.1994.

A recorrente, conforme também se verifica pelo que consta do expediente, é Bacharel em Direito, tendo colado grau em 14.01.1999.

A certidão e documentos de fls. 09/12 e 94/97 demonstram que a recorrente sempre exerceu atividades vinculadas ao serviço judiciário propriamente dito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A interessada apresentou à Administração, dentre outros documentos, as declarações acostadas às fls. 04/08, expedidas e firmadas pelos Exmos. Srs. Desembargador Federal João Surreaux Chagas; Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia; Juiz Federal Fernando Quadros da Silva; Desembargador Federal Álvaro Eduardo Junqueira; e Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona; as aludidas declarações afirmam que, nos períodos de 20.10.97 a 10.6.01, e de 23.06.03 até o momento, a recorrente tem exercido atividade essencialmente jurídica, consubstanciada na confecção de minutas de relatórios, votos, acórdãos e despachos.

Como se verifica, portanto, dos elementos do processo, a recorrente demonstrou atender os requisitos da condição de Bacharel em Direito desde 14.01.99 e do exercício de atividade jurídica dentro do serviço forense.

4. O DIREITO APLICÁVEL AO CASO CONCRETO.

4.1. A Norma Constitucional na sua Expressão Literal.

A norma jurídica que deve nortear a Administração Judiciária no processo de decisão sobre o preenchimento dos requisitos para a investidura de qualquer pessoa no cargo de Juiz do Trabalho Substituto é um preceito de hierarquia constitucional.

Com efeito, estabelece a Constituição Federal a esse respeito, no art. 93, I, conforme a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o seguinte:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (grifei)

(...)

O novo texto constitucional definiu requisitos fundamentais para a investidura no cargo de juiz. Dispôs, com clareza, que deve se tratar de bacharel em direito que ostente, pelo menos, três anos de atividade jurídica.

4.2. A Eficácia do Novo Preceito Constitucional.

O preceito é desde logo aplicável, não havendo necessidade de aguardar a edição da Lei Complementar a que se refere o caput do artigo.

O problema da dicotomia que cerca, em geral, a edição das normas constitucionais, pelo qual elas são consideradas, às vezes, como normas não-executáveis e, noutras vezes, como normas desde logo aplicáveis, tem sido tema recorrente na doutrina do direito constitucional. Paulo Bonavides ensina, com base na doutrina de Pontes de Miranda, que existem regras que se bastam, por si mesmas, para sua incidência; outras requerem a produção de regras jurídicas de regulamentação, sem as quais não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas. A mais clara distinção que envolve essa dicotomia, ainda segundo Bonavides, provém da doutrina americana de Cooley, no seu tratado sobre as Limitações Constitucionais:

[◀ volta ao índice](#)

“Pode-se dizer que uma disposição constitucional é auto-executável (self-executing), quando nos fornece uma regra mediante a qual se possa fruir ou resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto-aplicável, quando meramente indica o princípio, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei”.

O preceito contido no art. 93, inciso I, da Constituição, é uma norma auto-executável, pois já produziu todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

É norma auto-aplicável, e tanto é assim que passou a ser observada incontinenti pelos tribunais, sendo o exemplo mais flagrante de tal circunstância o próprio concurso deste TRT, que se subordinou à nova regra por decorrência de regulamentação baixada pelo Col. Tribunal Superior do Trabalho, não obstante o concurso já estivesse praticamente concluído quando do advento da Emenda Constitucional nº 45/04.

É claro que o legislador, na elaboração da Lei Complementar a que alude o caput do art. 93, da Constituição, poderá complementar a atividade normativa a respeito do assunto, de modo a afastar situações duvidosas que a generalidade do preceito constitucional pode vir a ocasionar.

Não se deve ignorar, entretanto, que os conceitos da norma constitucional permitem a devida inteligência acerca do seu conteúdo e autorizam a sua observância de acordo com objeto e a finalidade da regra assim promulgada.

4.3. A Tarefa da Administração Diante da Nova Regra Constitucional.

Na primeira leitura do art. 93, I, da Constituição, segundo a redação conferida pela Emenda nº 45, já é possível verificar que a regra remete à Administração Judiciária, enquanto a Lei Complementar não for editada, a tarefa de examinar os casos concretos e aferir as diversas situações individuais, conforme preenchem ou não preenchem os pressupostos para a incidência da norma constitucional.

Os atos da Administração, neste particular, exigem tarefa interpretativa acerca dos conceitos utilizados na elaboração da norma constitucional. Embora possa parecer, à primeira vista, que isto levaria ao uso

de plena discricionariedade na definição dos elementos que caracterizam uma atividade como sendo “atividade jurídica”, assim não é o que ocorre.

Isto porque a “atividade jurídica” pode ser apurada mediante critérios objetivos. Este fenômeno que compreende a análise dos atos administrativos se dá, conforme ensina a doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro, quando se faz a utilização “de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas”. Nesta hipótese, não é possível que o ato seja revestido de discricionariedade, já que a lei utilizou conceitos jurídicos que, embora indeterminados, levam a uma única compreensão e não abrem caminho para opções ou alternativas por parte da Administração.

O caso em discussão, isto é, a aplicação prática do comando constitucional do art. 93, I, da Lei Maior, parece situar-se, data venia, entre aqueles casos nos quais a Administração não tem campo de liberdade para estabelecer limitações outras que não tenham sido previstas, cabendo-lhe apenas exercer a tarefa administrativa de acordo com a finalidade buscada na lei. Para tanto, como assinala precitada autora:

Em determinadas hipóteses, não há dúvida: a lei usa conceitos técnicos que dependem de manifestação de órgão técnico, não cabendo à Administração mais do que uma solução juridicamente válida. Assim, quando a lei assegura o direito à aposentadoria por invalidez, a decisão da Administração fica vinculada a laudo técnico, fornecido pelo órgão especializado competente, que concluirá sobre a invalidez ou não para o trabalho; não resta qualquer margem de discricionariedade administrativa.

Existem também os chamados conceitos de experiência ou empíricos, em que a discricionariedade fica afastada, porque existem critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a única solução possível. Quando a lei usa esse tipo de expressão é porque quer que ela seja empregada no seu sentido usual. É o caso de expressões como caso fortuito ou força maior, jogos de azar, premeditação, bons antecedentes.

Nessa ordem de consideração, é necessário apenas que a Administração Judiciária apure objetivamente se o candidato ou candidata proveniente do serviço público, sendo bacharel em direito, exerceu ou não exerceu no mínimo, três anos de atividade jurídica, conforme a letra expressa do art. 93, I, da Constituição.

[◀ volta ao índice](#)

5. O ENTENDIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO.

A manifestação administrativa deste Tribunal Regional, da qual se originou a decisão recorrida, já recomendava, aliás, “que a aferição do tempo de atividade jurídica com advogado e em cargo, emprego ou função pública, ou magistério jurídico, privativos de bacharel em Direito, assim como em cargo, emprego ou função públicos (sic) de nível superior com atividade eminentemente jurídica se dê em análise caso a caso”. (v. fl. 19).

O regulamento do Tribunal Superior do Trabalho procurou realizar essa tarefa, dispondo, em síntese, quanto aos bacharéis que são provenientes do serviço público, e não da advocacia, que o candidato deve provar o efetivo exercício, por prazo não inferior a 3 (três) anos, ainda que não consecutivos:

1º) de cargo, emprego ou função pública, ou magistério jurídico, privativos de bacharel em Direito, sejam efetivos, permanentes ou de confiança; e

2º) na condição de bacharel em Direito, de cargo, emprego ou função pública de nível superior, com atividades eminentemente jurídicas.

Tem-se, assim, que o Col. TST, na sua interpretação da norma constitucional, julga não ser imprescindível o exercício, pelo candidato, de cargo público privativo de bacharel em Direito - esta é apenas uma das hipóteses cogitadas no ato normativo da Corte Superior.

Na outra hipótese aventada pela regulamentação do Col. TST, é bastante ou suficiente que, sendo o candidato Bacharel em Direito, tenha ele exercido, no serviço público, por prazo não inferior a 3 (três) anos, atividades eminentemente jurídicas.

No caso em exame, estamos tratando da situação de bacharel que se situa na última hipótese, isto é, de servidor público que não ocupou cargo ou emprego de nível superior, mas que exercia funções que, estando vinculadas à atividade jurisdicional típica do órgão de lotação, possuem caráter eminentemente jurídico e conteúdo de nível superior.

A regulamentação do Col. TST e a orientação administrativa seguida pela Presidência deste Tribunal Regional assentaram, porém, o requisito de que a função deve ser declarada ou mesmo criada com a

previsão de que se trata de função de nível superior. Vale dizer: as atividades do candidato, nesse caso, deveriam ser formalmente declaradas como “função de nível superior”.

Algumas leis e regulamentos editados pelo Poder Público possuem, com efeito, previsões nesse sentido. A Lei nº 9421/96, por exemplo, que criou as carreiras dos servidores do Poder Judiciário da União, a par de definir, no art. 2º, que “as carreiras de Auxiliar Judiciário, Técnico Judiciário e Analista Judiciário são constituídas dos cargos de provimento efetivo”, prevê a existência de Funções Comissionadas, escalonadas de FC-1 a FC-6, conforme o art. 9º., mas sugere que não são elas funções de nível superior, já que estabelece também, no mesmo artigo, a criação de Cargos em Comissão, escalonados de CJ-1 a CJ-4, estes sim, destinados ao exercício de atribuições de direção, chefia e assessoramento, o que permite presumir que se trata, apenas neste último caso, de funções de nível superior.

Ora, neste próprio Tribunal Regional vigora o entendimento, como resta esclarecido por informação da DGCA, de que as Funções Comissionadas de Secretário Especializado de Vara e de Secretário Especializado de Juiz Substituto são consideradas “de natureza superior”, mesmo que estejam situadas no nível de FC 2 e que sejam até mesmo ocupadas, eventualmente, por servidores “que estejam ainda cursando a faculdade de Direito e que já tenham concluído o oitavo semestre sem qualquer dependência”.... Informa, com efeito, a Administração, que esta função “é de natureza superior, porque preferencialmente é exercida por bacharel em Direito, admitindo exceção para o servidor que esteja finalizando a faculdade de Direito, na expectativa de breve formação do grau superior de escolaridade” (v. Inf. no Proc. Adm. TRT-4 MA n. 00514-2005-000-04-00-6).

Aqui reside um ponto de incerteza e até mesmo de ambigüidade, gerado pela decisão recorrida, no cotejo com a orientação normativa superior que ela própria procurou seguir. Se o Col. TST quiz limitar a possibilidade da investidura a exercentes de “função de nível superior”, parece lógico que jamais se poderia cogitar de caracterizar tal situação quando se trata de servidor público que não tem sequer a formação jurídica completa. Esta circunstância serve de exemplo para demonstrar a incorreção em que pode eventualmente incidir o ato da Administração, quando procura estabelecer normatização que a lei matriz - no caso, a lei constitucional - não lhe autorizou.

Não é demais lembrar, por outro lado, o risco acentuado de erro que se encerra na realização de análise ou na elaboração de ato normativo que não é precedida da necessária distinção entre cargos públicos e funções públicas. Cargo público, na definição de Hely Lopes Meirelles, “é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei”. Função pública, ensina o mestre administrativista, “é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais”.

◀ volta ao índice

Se a regra constitucional, do ponto de vista da experiência pretendida dos candidatos aos cargos de juiz, limitou-se a exigir a prova da atividade jurídica por três anos, não deve e não pode a Administração acrescentar a esse requisito uma outra exigência, qual seja a de que a atividade jurídica tenha sido realizada em função pública “de nível superior”. Este, aliás, é um atributo que se encerra no conteúdo da função, e não na sua denominação.

Não se deve olvidar também que os servidores públicos exercentes de funções que possuem o conteúdo de assessoramento da atividade jurisdicional - como é o caso da recorrente - exercem funções que são, obviamente, por sua própria natureza, de nível superior. Com efeito, o estudo habitual de situações jurídicas trazidas no bojo dos processos judiciais, a elaboração de minutas de despachos e decisões, a pesquisa jurídica e a pesquisa jurisprudencial, todas essas são atribuições, dentre outras tantas, que exigem conhecimento jurídico de nível superior.

Sob essa ótica, o reconhecimento de que a recorrente, no caso concreto, preenche os requisitos constitucionais, não atenta sequer contra o regramento baixado pelo Col. TST.

De qualquer sorte, em atenção à inafastável necessidade de aplicar o princípio constitucional nos exatos termos da sua expressão e, mais ainda, da sua finalidade intrínseca, tem-se que é necessário apurar simplesmente se o bacharel que é proveniente do serviço público - e que por esta razão não pode exercer a advocacia - exerceu ou não exerceu atividade essencialmente jurídica na sua função pública pelo prazo mínimo de três anos.

Qualquer atuação administrativa que ultrapasse este limite ou que se desvie do norte constitucional deve ser desprezada.

Em artigo onde examina o problema do desvio de poder à luz do direito administrativo brasileiro, Érico Andrade, que é Procurador do Estado de Minas Gerais, afirma:

No uso regular de seus poderes, a Administração edita atos administrativos, e quando tais atos se concretizarem com observância dos ditames legais que regulam a espécie serão legais, e, por conseqüência, terá havido uso do poder. Ao contrário, se os atos administrativos forem editados em dissonância com a lei, haverá abuso de poder e o ato administrativo editado nessa condição será nulo.

Em decisão recente, ao apreciar pedido de liminar em mandado de segurança que envolveu a mesma situação aqui examinada, salientou a Exma. Juíza Lígia Maria Teixeira Gouvêa, do TRT da 12ª Região:

Ora, como a Constituição exige a edição de Lei Complementar para a regulamentação do Estatuto da Magistratura, não poderia o TST, através de Resolução Administrativa, dispor acerca do mesmo tema, sem que haja autorização legal para tanto.

Sendo evidente a inadequação do veículo normativo, elaborado pelo c. TST, para o fim de regulamentar a nova exigência constitucional, não se pode exigir a sua observância.

Cumprir notar também, a título de exemplo, que o Eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região bem definiu a questão, ao tratá-la de modo mais simples, porém não menos proficiente, já que norteou a atividade administrativa de apuração do requisito constitucional da atividade jurídica da seguinte forma, em adendo ao seu Regimento Interno,:

Art. 2º Fica acrescido o § 3º, ao artigo 289, com a seguinte redação:

(...)

§ 3º Considera-se como tempo de atividade jurídica aquela prestada na militância da advocacia, inclusive a pública, bem como o tempo de serviço em cargo público cujo exercício impeça a atividade como advogado, cujas atribuições exijam conhecimento e aplicação do Direito, comprovados documentalmente. (grifei).

6. Notas sobre o Conceito de Atividade Jurídica.

Sobre a norma constitucional aqui debatida - e especialmente sobre o conceito de atividade jurídica - são oportunas e atualíssimas as observações de José Eduardo Martins Cardozo. Este autor, além de ser professor de Direito Constitucional, é Deputado Federal e atuou como Constituinte Reformador, participando e votando nas discussões que levaram à promulgação da EC nº 45/04, na qual está contida a norma jurídica ora em debate. Diz o referido autor:

Havemos de entender, pois, que o conceito de "atividade jurídica", na forma com que se apresenta nos dispositivos constitucionais em análise, ao lado de uma zona de absoluta certeza de seu significado, também envolve um "halo conceitual", uma zona de incertezas, perfeitamente passível de ser identificada e resolvida por um ato de interpretação sistemática. Uma norma legal integradora, embora possa ser editada in casu - e é até recomendável que o seja, para fins de segurança jurídica - não será uma condição para a aplicabilidade plena desses mandamentos constitucionais. Afinal, as condições normativas para a sua plena incidência estão dadas a priori pela simples existência da regra e a possibilidade indubitosa da sua imediata interpretação.

[◀ volta ao índice](#)

E quanto ao conceito de atividade jurídica:

Em sentido amplo, "atividade jurídica" é toda e qualquer atividade capaz de produzir conseqüências no mundo do direito. Assim, a celebração de um contrato ente particulares, a elaboração de uma dissertação de mestrado ou de uma tese de doutoramento para fins acadêmicos, a realização de um julgamento no Tribunal do Júri ou mesmo a realização de um procedimento licitatório pela Administração Pública não deixam de ser, lato sensu, formas diferentes de "atividades jurídicas".

Seria necessário dizer que uma tal dimensão semântica da expressão "atividade jurídica" se apresenta como logicamente incompatível com a melhor exegese das normas contidas nos arts. 93, I e 129, § 3º, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC n. 45. Deveras, é absurdo imaginar que quaisquer comportamentos que tenham relevância para o plano do direito, tanto no plano normativo como no plano do seu estudo científico, possam qualificar, ao terem duração mínima de três anos, um requisito adequado para o provimento de cargos de juiz ou de promotor de justiça. Praticamente, isto equivaleria ao não-estabelecimento de nenhum requisito para o ingresso nestas carreiras.

Desse modo, a adequada inteligência desses dispositivos constitucionais só pode ser a que identifica a expressão "atividade jurídica" com um tipo de atividade, ou um conjunto de atividades que qualifiquem alguma forma de experiência tida como relevante para o exercício das funções inerentes a estes cargos.

(...)

Ora, se assim é, parece óbvio que o legislador constitucional jamais haverá de exigir como um requisito impostergável para o exercício de uma função pública algo que não possua qualquer pertinência lógica com a qualificação necessária para o seu exercício. Donde a conclusão: devemos entender por "atividade jurídica" nos arts. 93, I e 129, § 3º, da Constituição Federal, na redação dada pela EC n. 45, apenas as atividades próprias do mundo do direito que, de algum modo, qualificam a obtenção de uma experiência relevante e significativa para o exercício das funções de juiz e de promotor de justiça.

(...)

Segundo nos parece, dois diferentes campos de atividades podem ser enquadrados neste conceito. Um primeiro diz respeito às atividades pertinentes à prática do direito propriamente dita, incluindo-se aqui as verificadas no campo do contencioso judicial ou administrativo, das consultorias jurídicas ou da atuação jurídica do Estado. Assim, v.g., a advocacia em causas judiciais ou administrativas, a advocacia consultiva, a atividade de magistrado, promotor de justiça ou delegado de polícia, a ocupação de cargo público cujo provimento exige a específica condição de bacharel em direito, as atividades de servidores públicos relacionadas diretamente a práticas processuais no interior dos Tribunais, dentre outras, se exercidas pelo prazo mínimo de três anos, atendem satisfatoriamente, a nosso ver, a exigência constitucional. (grifei).

Como se verifica, é possível que a atividade jurídica se configure mediante o exercício profissional não apenas em cargo público que seja privativo de bacharel em direito, mas também em cargo público cujas funções exijam o desempenho de tarefas tipicamente jurídicas, tal como, no dizer do citado autor, as atividades de servidores públicos relacionadas diretamente a práticas processuais no interior dos Tribunais, dentre outras. Para esse efeito, não se pode distinguir entre as funções que a repartição pública na qual está integrado o servidor entenda serem "de nível superior" e aquelas que a repartição entende que não o sejam. Se assim fizéssemos, estaríamos admitindo que a Administração pode realizar distinção que a Constituição, ela própria, não faz.

Do ponto de vista da qualificação do candidato, basta que ele preencha o requisito de ser bacharel em direito. Se demonstrado que o candidato, sendo bacharel em direito, desempenha, no serviço público, um conjunto de atividades que qualifiquem alguma forma de experiência tida como relevante para o exercício das funções inerentes aos cargos de juiz ou de promotor de justiça, restam atendidas as exigências constitucionais para a investidura nesses cargos.

No caso em exame, a recorrente, servidora pública desde 1994, comprovou que, na condição de bacharel em direito, exerce funções vinculadas à atividade jurisdicional típica do órgão de lotação, com caráter eminentemente jurídico e conteúdo de nível superior, desde janeiro de 1999, conforme declarações expedidas e firmadas pelos juízes e desembargadores federais, presentes às fls. 04 e seguintes destes autos, e certidões de fls. 09/12 e 94/97.

Desta forma, dou provimento ao recurso administrativo para entender comprovado, pela recorrente, o preenchimento dos requisitos legais para a nomeação ao cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Ante o exposto,

ACORDAM os Exmos. Juízes integrantes do Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por maioria de votos, vencidos os Exmos. Juízes Relator e Presidente, dar provimento ao recurso administrativo para entender comprovado, pela recorrente, o preenchimento dos requisitos legais para a nomeação ao cargo de Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Intimem-se.

Porto Alegre, 29 de agosto de 2005.

PEDRO LUIZ SERAFINI - JUIZ CORREGEDOR-REGIONAL NO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA

FLAVIO PORTINHO SIRANGELO - Juiz Relator

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO